

LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

DIRECTOR: DR. D. EDUARDO GAMERO CASADO

DOCTORANDA: Dña. ROCÍO DE LAS MERCEDES NAVARRO GONZÁLEZ

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

2016

ABREVIATURAS	11
--------------------	----

INTRODUCCION.....	13
-------------------	----

CAPITULO I.- CONCEPTO, NATURALEZA Y ENCUADRE NORMATIVO DE LA MOTIVACION.....	19
---	----

1. Delimitaciones previas: su acotación semántica.....	19
2. El concepto de la motivación desde la Teoría general del acto administrativo.....	21
2.1. Desde su dimensión de elemento del acto administrativo.....	22
2.1.1. La motivación como elemento formal del acto.....	23
2.1.2. La motivación y su conexión con los elementos objetivo y teleológico del acto administrativo.....	26
2.2. Desde su dimensión funcional.....	28
3. El concepto de la motivación desde la perspectiva de la Teoría de sistemas.....	32
3.1. Rasgos fundamentales de la teoría sistémica y su repercusión en el procedimiento administrativo.....	32
3.2. La imbricación de la motivación en la comprensión sistémica.....	35
4. La motivación como deber de la Administración.....	37
4.1. El deber de motivar como manifestación de una potestad funcional.....	37
4.2. Aproximación al término deber.....	39
4.3. El deber jurídico de motivar como corolario del deber de justificación de los actos de los poderes públicos.....	44
4.4. El deber jurídico de motivar y su posible correspondencia con un derecho.....	44
5. La relevancia constitucional de la motivación.....	46
6. La dualidad de la motivación como requisito formal y material.....	48
6.1. Aportaciones doctrinales.....	49
6.2. Aportaciones jurisprudenciales.....	53
7. Tratamiento legal en el derecho español.....	55
7.1. Manifestaciones previas a las leyes codificadoras del procedimiento.....	55
7.2. La Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889.....	57
7.3. La motivación a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.....	59
7.4. La motivación en el contexto de la Ley 30/1992.....	60
7.5. La motivación en el Derecho autonómico.....	62
7.6. La motivación en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: ¿otra oportunidad fallida?.....	65
8. La motivación en el derecho administrativo europeo.....	67
8.1. El déficit de una norma general procedimental en el Derecho Administrativo Europeo.....	67
8.1.1. El deber de la Administración europea de motivar sus decisiones individuales como imperativo del Derecho originario.....	70
A) El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el Tratado de Lisboa.....	70

B) El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la obligación de motivar como una de las manifestaciones del derecho a una buena administración.....	71
8.1.2. La motivación como exigencia constatada en el Derecho derivado sectorial.....	73
8.1.3. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consolidación del alcance y contenido de la motivación.....	75
8.1.4. La motivación y su reflejo en los instrumentos comunitarios de <i>soft law</i>	78
8.2. <i>La transcendencia de la motivación en la apuesta europea por la regulación uniforme del procedimiento administrativo.</i>	80
9. Recapitulación: reflexiones conceptuales en torno a la motivación.....	82

CAPITULO II.- PRINCIPIOS JURIDICOS Y FINALIDADES A LAS QUE SIRVE LA MOTIVACION87

1. Principios jurídicos a los que sirve	87
1.1. <i>Consideraciones previas.</i>	87
1.2. <i>Principio generales del Ordenamiento jurídico.</i>	91
1.2.1. El Principio de Seguridad Jurídica.	92
A) Alcance de este principio.	92
B) La motivación como garantía de la certeza.....	94
1.2.2. El Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.....	95
A) Planteamiento de su doble vertiente	95
B) La motivación como instrumento preventivo de la arbitrariedad.	99
C) La motivación como aval de una actuación administrativa racional.....	100
1.2.3. El Principio de Proporcionalidad.....	101
A) Aproximación del principio de proporcionalidad como límite a la restricción de derechos por los poderes públicos y como mandato de optimización.	101
B) La motivación como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad: su reflejo en los actos administrativos sancionadores y en aquellos que limitan derechos fundamentales.	104
C) La coincidencia semi-plena de los elementos de la proporcionalidad con los sumandos de la motivación.	110
1.3. <i>Principios jurídico-administrativos.</i>	112
1.3.1. El Principio de Buena Administración y el procedimiento administrativo “adecuado”.	112
A) Alcance y reflejo en el ordenamiento jurídico español del Principio de buena Administración: la motivación como contenido del derecho a la buena administración.	112
B) El despuntar de un nuevo principio de simplificación procedimental: la motivación como técnica de simplificación administrativa.....	118
1.3.2. El Principio de Transparencia.	121

A) Breves referencias a la Ley que lo avala y al derecho en que se materializa.....	121
B) El papel de la motivación en la minimización y maximalización del derecho de acceso a la información pública.....	124
C) La motivación, pieza indispensable para la efectividad de la transparencia procedimental.....	127
2. Finalidades de la motivación	128
2.1. <i>Lo que la motivación persigue: su multifuncionalidad.</i>	128
2.1.1. Aspectos generales de las funciones encomendadas.....	128
2.1.2. La motivación desde la óptica del órgano jurisdiccional.	131
A) La motivación como medio que facilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa.....	131
2.1.3. Los fines de la motivación desde la óptica del ciudadano.....	134
A) La finalidad cognoscitiva: la motivación permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad manifestada.	134
B) La finalidad defensiva: la motivación desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Breve mención al derecho a la presunción de inocencia.....	137
C) La función democrática: la motivación de la actividad administrativa ante la opinión pública.	142
2.2. <i>Lo que la motivación pretende evitar: el riesgo de la arbitrariedad.</i>	145
2.3. <i>El deber de resolver como garantía de los fines de la motivación: el silencio administrativo y sus repercusiones.</i>	146
 CAPITULO III. REQUISITOS DE LA MOTIVACIÓN	153
1. Introducción	153
2. Requisitos de forma en sentido estricto: ¿cómo se motiva?.....	154
2.1. <i>Referencia de hechos y fundamentos de derecho: la motivación puede ser sucinta.</i>	155
2.2. <i>La motivación ha de ser suficiente.</i>	157
2.2.1. Algunas observaciones en torno a la motivación genérica.....	162
2.3. <i>La motivación ha de ser congruente.</i>	164
2.4. <i>Factores que intensifican o atenúan el alcance de la motivación: el contexto en el que se adopta el acto y el contenido del mismo.</i>	167
2.4.1. Actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales.	167
2.4.2. Actos que afectan a derechos fundamentales.	169
2.4.3. Actos que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o de dictámenes de órganos consultivos.....	173
2.4.4. Actos que pongan fin a procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva.....	175
2.5. <i>El empleo de fórmulas para cumplimentar la motivación.</i>	176
2.5.1. Fórmulas convencionales o cláusulas de estilo.	176
2.5.2. Fórmulas con signos alfa-numéricos:.....	181
A) La mera puntuación en un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación.....	182
B) La simple puntuación asignada como motivación requiere de una explicación detallada.	184

2.5.3. Fórmulas mediante estampillado.....	188
3. Requisitos de contenido	191
3.1. Triple perspectiva de su tratamiento: legal, doctrinal y jurisprudencial.....	191
3.2. Sumandos que conforman el contenido de la motivación.	192
3.2.1. El presupuesto de hecho: la realidad jurídica.	193
3.2.2. El fin. Mención especial a la causa.	194
3.2.3. Los motivos.	195
A) Los motivos como parte escindible de la motivación.	195
B) Motivación incompleta por falta de razones.	196
C) La aportación de nuevos motivos y su repercusión en la motivación.....	199
D) La discrepancia del recurrente con los motivos no supone falta de motivación.....	200
3.3. En especial, el contenido de la motivación de la resolución sancionadora.	201
3.4. Límites de contenido.	205
3.4.1 La protección de datos personales.	205
A) Consideraciones generales.	205
B) La protección de datos como límite en el cumplimiento de la motivación.....	207
C) La conexión entre motivación y protección de datos desde la perspectiva del administrado.....	209
3.4.2. El secreto en la actividad administrativa.	210
A) La confidencialidad como límite del contenido de la motivación.....	210
B) La necesidad de motivar la confidencialidad en la contratación administrativa.	212
4. Aspectos subjetivos.....	214
4.1. Rasgos característicos del órgano que cumplimenta la motivación.	214
4.2. Supuestos en los que el órgano sustantivo requiere de la participación de órganos auxiliares en la tarea de motivar.....	215
4.3. Especial atención a la motivación efectuada por un órgano colegiado.	218
4.3.1. La colegialidad como causa de exoneración del deber de motivar.....	218
4.3.2. La formación de la voluntad del órgano colegiado: la importancia de la deliberación.....	221
4.3.3. El acta como motivación de los acuerdos colegiales. Referencia al voto particular.....	222
4.3.4. Uso de las tecnologías e información en el funcionamiento de los órganos colegiados.....	224

CAPITULO IV.- ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEBEN MOTIVARSE.....227

1.Introducción.	227
2. Actos que limiten derechos subjetivos e intereses legítimos.	227
2.1. Delimitación previa de los supuestos que limitan derechos subjetivos e intereses legítimos.	227
2.2. La motivación de los actos que limiten derechos fundamentales.....	233
2.3. La motivación de los actos que limiten intereses legítimos “razonablemente conocidos”.	237

3. Actos que resuelven procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.	239
3.1. <i>Procedimientos de control interno de los actos administrativos</i>	239
3.1.1. La motivación de los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos.	240
3.1.2. La motivación de los actos que resuelven recursos administrativos.	242
A) La obligatoriedad de motivar las resoluciones que de forma expresa estimen, desestimen o inadmitan el recurso.	243
B) La obligatoriedad de motivar los actos que resuelvan recursos generales y especiales.	245
3.1.3. La motivación de los actos que resuelvan reclamaciones administrativas previas a la vía judicial.	247
3.2. <i>Medios alternativos de resolución de conflictos: la escasa incidencia de la motivación.</i>	250
4. Actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.	252
4.1. <i>La motivación de actos que se separen del criterio de actuaciones precedentes.</i>	253
4.2. <i>La motivación de los actos contrarios al dictamen del órgano consultivo.</i>	258
4.2.1. La motivación de actos que se separen del dictamen de un órgano técnico.	260
5. Actos de suspensión de actos y la adopción de medidas provisionales.	261
5.1. <i>Consideraciones generales a precisar.</i>	261
5.2. <i>La motivación del acto que adopte medidas provisionales en el procedimiento administrativo: en concreto, el sancionador.</i>	262
5.3. <i>La suspensión de la ejecución de los actos administrativos como medida específica cautelar en procedimientos de revisión y su motivación.</i>	268
5.3.1. La motivación de los actos que acuerden la suspensión de la ejecución en los procedimientos de resolución de recursos.	270
5.3.2. La motivación de los actos que acuerden la suspensión de la ejecución en los procedimientos de revisión de oficio	270
6. Acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.	271
6.1. <i>Ampliación de plazos.</i>	271
6.1.1. La motivación en supuestos de ampliación del plazo de duración del procedimiento.	272
6.1.2. La motivación en supuestos de ampliación del plazo para cumplimentar un trámite determinado	274
6.2. <i>Reducción de plazos.</i>	275
7. Actos administrativos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales.	277
7.1. <i>La motivación como requisito imprescindible de control de la discrecionalidad administrativa.</i>	278
7.2. <i>Peculiaridades de la motivación de actos discrecionales.</i>	279
7.2.1. La compatibilidad de la discrecionalidad técnica de los órganos especiales de selección con la exigencia de fundamentar sus decisiones.	279

7.2.2. El tránsito de la inexigibilidad a la obligatoriedad de la motivación en determinados ámbitos de discrecionalidad administrativa.	281
A) Nombramientos de altos cargos del Poder Judicial y otros de libre designación.	281
B) La valoración de los méritos y las calificaciones en las pruebas selectivas.	284
7.2.3. La motivación en supuestos de aplicación conceptos jurídicos indeterminados.	291
8. Actos que pongan fin a procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.	293
8.1. <i>La motivación en procedimientos para seleccionar al personal que ha de servir a la Administración.</i>	294
8.1.1. Breve apunte acerca de la expresión “procedimientos selectivos”	294
8.1.2. Los sistemas de acceso y provisión ordinaria de puestos de trabajo a la función pública y la motivación.	294
A) La motivación de la resolución del concurso hace referencia al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria	296
8.1.3. El papel de la motivación en los sistemas extraordinario de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública.	298
A) La motivación como límite de la cláusula de necesidad que justifica la aplicación de un sistema extraordinario de provisión.	298
8.2. <i>La motivación en procedimientos de selección y adjudicación de contratos y concesiones administrativas.</i>	301
8.2.1. Consideraciones previas de los procedimientos de contratación: breve mención Directiva 2014/24/UE.	301
8.2.2. La motivación en la fase preparatoria del contrato: la justificación de la necesidad de la contratación y la elección del procedimiento.	303
8.2.3. La adjudicación de los contratos y la motivación.	305
A) La presentación de la documentación acreditativa de los requisitos de los contratistas.	305
B) La selección del adjudicatario según los criterios de adjudicación: el alcance de la motivación necesaria en la evaluación de las ofertas.	306
C) La motivación como actuación básica para la viabilidad de las proposiciones con valores anormales o desproporcionados.	311
D) La disconformidad del órgano de contratación con la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación ha de ser motivada.	313
8.2.4. La motivación y la notificación de la resolución que adjudica el contrato: su necesario deslinde.	314
8.2.5. La necesidad de motivar el acto de desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.	323
8.2.6. El ejercicio del <i>ius variandi</i> requiere de la oportuna justificación.	326

9. Actos que deban ser motivados en virtud de disposición expresa.....	329
9.1. <i>Precisión terminológica</i>	329
9.2. <i>Supuestos obligados de motivación por exigencia legal.</i>	330
9.3. <i>Supuestos obligados de motivación por exigencia reglamentaria.</i>	331
10. Supuestos excluidos del deber de motivación.....	331
10.1. <i>Denegación de visados para extranjeros.</i>	332
10.2. <i>Derecho de gracia.</i>	335
11. Breve apunte de las novedades de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con la motivación.	343

CAPITULO V.- LA ARTICULACION DEL DEBER DE MOTIVACION.....347

1. Consideraciones previas: modalidades de motivación.....	347
2. Atendiendo al momento en que se cumplimenta la motivación	348
2.1. <i>Coetánea a la decisión final: motivación contextual.</i>	348
2.2. <i>Previa a la decisión final: motivación por remisión o in allunde.</i>	349
2.2.1. Cuestiones derivadas de su expresa mención legal.	349
A) La delimitación del término “incorporación”.	350
B) La ubicación de los informes o dictámenes: el acceso al expediente.	352
2.2.2. Selección de pronunciamientos jurisprudenciales que avalan una admisión generalizada y condicionada de la motivación por remisión.	357
2.2.3. El supuesto clásico y legal de remisión a informes o dictámenes que obren en el expediente administrativo: algunas observaciones que precisar.	359
A) Cautela en la admisión de los informes como supuesto de motivación por remisión.	359
B) La remisión a los dictámenes, una modalidad en alza.	364
2.2.4. Otros supuestos: la remisión a la propuesta de resolución y al acta de los acuerdos colegiales.	365
2.3. <i>Motivación combinada: textual y por remisión.</i>	371
3. Atendiendo a la incorporación de las nuevas tecnologías: motivación automatizada	372
3.1. <i>Las Nuevas tecnologías como dimensión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento.</i>	372
3.2. <i>La actividad administrativa automatizada.</i>	375
3.3. <i>La motivación del acto administrativo automatizado.</i>	380
4. La comunicación de la motivación	384
4.1. <i>La motivación como contenido de la notificación.</i>	384
4.2. <i>La publicación como vehículo transmisor de la motivación.</i>	389

CAPITULO VI.- EL INCUMPLIMIENTO DE LA MOTIVACION Y SUS CONSECUENCIAS391

1. Introducción: la ausencia u omisión de la motivación	391
2. Patologías latentes en la falta de motivación.....	393
2.1. <i>La falta de motivación como conducta negligente de la Administración.</i>	393
2.2. <i>La falta de motivación como indicio de arbitrariedad.</i>	396
2.3. <i>La falta de motivación como indicador del exceso de poder.</i>	397

3. En particular, la falta de motivación como vicio de forma	398
3.1. <i>Los vicios de forma en el Derecho Administrativo: reconsideración de la motivación como requisito formal del acto administrativo y su multifuncionalidad.</i>	399
3.2. <i>La imposibilidad de alcanzar el fin y la indefensión como presupuestos delimitadores del defecto de forma.</i>	400
3.3. <i>La Invalidez versus irregularidad: duelo de categorías ante el incumplimiento de la motivación.</i>	404
3.3.1. La regla general: vicio de anulabilidad.	404
3.3.2. Supuestos de nulidad de pleno derecho.....	407
3.3.3. Supuestos de irregularidad no invalidante.....	410
4. Omisión de motivación y conservación de los actos en la configuración del régimen jurídico de la invalidez	412
4.1. <i>El principio de conservación y sus manifestaciones.</i>	412
4.2. <i>La subsanación de la motivación como medio de convalidación de los actos.</i>	415
4.2.1. La subsanación de la falta o defecto de la motivación: la omisión de un informe preceptivo que sirve de motivación.	416
4.2.2. La motivación extemporánea: una manera de subsanar la omisión de la motivación.....	418
A) La motivación extemporánea y su diferenciación con otros supuestos.	419
B) Referencias doctrinales y jurisprudenciales relativas a la motivación tardía.....	420
C) El traslado de razones y motivos en vía administrativa de recurso como motivación extemporánea.....	422
D) La motivación extemporánea de los actos que limitan derechos fundamentales.	425
5. Vías de control del deber de motivación.....	428
5.1. <i>El control jurisdiccional y la condena en costas a la Administración</i>	428
5.1.1. La posibilidad de aportar nuevos motivos durante el proceso contencioso administrativo.	429
5.1.2. El alcance de la potestad jurisdiccional ante la falta de motivación.	429
5.2. <i>La responsabilidad patrimonial administrativa.</i>	435
5.3. <i>El control externo de instituciones de corte preventivo.</i>	436
5.4. <i>Los Códigos de conducta.</i>	436
CONCLUSIONES	439
BIBLIOGRAFIA	463

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado.</i>
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
CEBCA	Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.
DA	<i>Documentación Administrativa</i>
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea.</i>
EA	Estatuto de Autonomía.
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
IAAP	Instituto Andaluz de Administración Pública.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
LAECSP	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
LEA	Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.
LPACAP	Ley 39/2015, de Régimen jurídico y procedimiento administrativo común.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
OAMI	Oficina de Armonización del Mercado Interior.
RAP	<i>Revista de Administración Pública.</i>
RAAP	<i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>
Rec.	Recurso
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i>
RPPS	Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi.
RVAP	<i>Revista Vasca de Administración Pública.</i>
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TACPA	Tribunal Administrativo Contratos Públicos de Aragón.
TARC	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957; versión consolidada de 2010 (DOUE n.º 83, de 30 de marzo).
TICs	Tecnologías de la Información y Comunicación.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

TRLCSP Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

INTRODUCCION

A) Objeto y oportunidad de este estudio.

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la motivación de los actos administrativos. Se trata de una materia encuadrada en la parte general del Derecho administrativo, que plantea, por consiguiente, todas las dificultades propias de este tipo de categorías, pues exige una labor dogmática, de carácter más puramente científico o intelectual, que se debe casar y armonizar con el análisis de la práctica jurídica, verificando la aplicación que se viene haciendo de esta categoría por los diferentes operadores jurídicos. Por esta razón, el estudio de la figura se aborda en este trabajo tanto desde el plano conceptual, abordando cuestiones como el concepto, la naturaleza jurídica o los requisitos generales de la motivación; como a aspectos más ceñidos a la aplicación práctica del Derecho, que se manifiestan especialmente en el estudio de la jurisprudencia recaída sobre esta materia. Ambos aspectos no han funcionado de manera autónoma o independiente a lo largo de la investigación, puesto que se nutren recíprocamente y se retroalimentan, siendo el resultado final este trabajo, en el que ambos planos aparecen profundamente imbricados, si bien en algunos capítulos, por razones sistemáticas, prevalece uno sobre otro.

La proyección multidisciplinar e internacional de la motivación hace necesaria una previa delimitación del alcance de este trabajo que centre al máximo posible el contenido de la investigación. En primer lugar, su objeto queda acotado a la motivación de actos administrativos definitivos que provienen de la Administración pública dictados en el ejercicio de potestad administrativa distinta de la reglamentaria, excluyéndose, por tanto, toda referencia a la motivación de las disposiciones normativas como el reglamento. En segundo lugar, el análisis particular de los supuestos de motivación exigidos legalmente comporta una remisión siquiera tangencial a diferentes ámbitos sectoriales, relegando el tratamiento de la motivación de los actos de ámbito tributario. En tercer lugar y pese a ser incuestionable la presencia de la motivación en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, se descarta también el estudio comparado de la motivación por requerir un tratamiento más detallado y profundo que rebasa el que pueda dársele en esta obra, reseñando, no obstante, un apunte acerca de la transcendencia de la motivación en el Derecho administrativo europeo.

En una primera aproximación al estudio de la motivación de los actos administrativos sorprende, de una parte, la exigua atención que la figura ha merecido al

Derecho positivo representada por un desolado artículo en la Ley reguladora del procedimiento; y, de otra, la escasez de aportaciones doctrinales en la materia; destacan, no obstante, dos *iuspublicistas*, DE LA VALLINA y FERNANDO PABLO, que elogian la necesidad de motivar los actos administrativos modelándola y otorgándole el alcance e importancia que merece; de ahí que el legado de sus obras, aparte de constituir dos monografías clásicas y esenciales para el conocimiento de dicha figura, marcará muchos de los aspectos de este trabajo de investigación.

Extraña que la ley haya sido restrictiva en lo relativo a la exigencia de la motivación de los actos administrativos, máxime cuando a partir de principios constitucionales como el de seguridad jurídica y el de prohibición de interdicción de la arbitrariedad, lo lógico sería que todos los actos estuvieran motivados. A su vez, del panorama jurídico legislativo que se instaura de forma progresiva con el advenimiento de nuevas leyes administrativas, se deduce que la regulación de la motivación no viene acompañada de desidia ni restricción alguna, y si bien su presencia persiste y es incuestionable, no se caracterizan por una mayor intensidad regulatoria.

El anémico contexto jurídico del que parte nuestro análisis, no excusa ni merma interés por la cuestión, sino que lo acrecienta, pues entendemos que la exigencia de la motivación es inapelable en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo una pieza esencial del Estado de derecho como garantía ineludible del ciudadano en sus relaciones con la Administración, resultando, por ello, determinante la necesidad de acotar y asentar los rasgos fundamentales de la misma en una sociedad en la que el halo de la transparencia ha embargado la actuación de los poderes públicos.

El análisis particular de la motivación que se desarrolla en las siguientes páginas pretende poner sobre la mesa aspectos significativos que conciernen a la motivación en relación a su régimen jurídico, replanteando y reconsiderando cuestiones esenciales y fundamentales que pudieran afianzar la garantía procedimental en la que nos desenvolvemos.

B) Objetivo e hipótesis de trabajo.

La depuración del concepto legal de la motivación es el primero de los objetivos propuestos en esta investigación que favorecerá, junto a los principios que justifican su actuación y las finalidades establecidas, la tarea de delimitar los perfiles jurídicos de la figura. Resulta, a su vez determinante, en el propósito de ofrecer una noción convincente de la motivación, la exposición de los diferentes requisitos que se adhieren

a la motivación para permitir un mejor entendimiento de la misma y entenderla correcta y adecuada a Derecho y así evitar, entre otras, situaciones en las que se adopten motivaciones que hagan uso de expresiones generales o fórmulas tipo que pudieran ocasionar perjuicios e indefensión al interesado, no permitiendo alcanzar las finalidades que les son propias e inherentes.

La identificación y el estudio de las diferentes modalidades de la motivación constituye otro de los objetivos preestablecidos que habrá de articularse atendiendo tanto el momento en que se cumplimenta la motivación como la incidencia que ha tenido la incorporación de las nuevas tecnologías aplicadas a la Administración.

El último de los designios del trabajo de investigación lo cumple el cometido de enumerar de forma expresa y ordenada los posibles defectos de la motivación con su posible y correspondiente consecuencia jurídica, según las circunstancias específicas de cada caso.

La respuesta a todos los objetivos propuestos en esta investigación jurídica avalan nuestra hipótesis de trabajo: la regulación más exhaustiva y detallada de la motivación aportaría beneficios para reforzar derechos procedimentales de los administrados en sus relaciones con la Administración, pero también en el logro de una aplicación más transparente y eficaz del derecho administrativo y de un mejor control de la actuación administrativa por los tribunales.

La sistemática del estudio se articula en torno a seis capítulos en los que se desgranar de forma singularizada y pormenorizada las diferentes propuestas que enmarcan la investigación.

El capítulo I, relativo al concepto y naturaleza jurídica de la motivación, examina tanto el tratamiento legal ofertado como el que la doctrina y la jurisprudencia han ido modelando como noción de la misma, a veces, insistiendo en su condición de elemento del acto administrativo y en otras, haciendo especial hincapié en la función que lleva a cabo, finalizando con una propuesta personal.

En el capítulo II se esbozan los perfiles y contornos jurídicos de la motivación, lo que la sostiene y fundamenta, explorando qué principios la refuerzan, como el principio de seguridad jurídica, el principio de buena administración, el principio de transparencia administrativa y el principio de proporcionalidad, entre otros, para justificar su actuación en la persecución de diferentes fines.

Cuestiones relativas a cómo ha de efectuarse la motivación, qué contenido mínimo ha de recoger o a qué órgano se le encomienda tal labor son las que presiden el

capítulo III de la investigación dónde se exponen las fórmulas que de una u otra manera utilizan los operadores jurídicos, y la reflexión sobre su legalidad, teniendo como parámetro que serán admisibles siempre y cuando no vulneren los requisitos esenciales que constituyen la razón de ser de la motivación y le permiten alcanzar su finalidad.

El siguiente capítulo, el cuarto, de mayor extensión con respecto a los otros, desglosa los diferentes supuestos en los cuales la Administración está obligada a exponer las razones y motivos de la decisión administrativa adoptada con las particularidades y peculiaridades que caracterizan a la motivación en cada uno de ellos, haciendo especial hincapié en los actos que limitan derechos e intereses subjetivos, los actos que se dictan en el ejercicio de potestades discrecionales y en aquellos actos que pongan fin a procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, con expresa mención de aquellos supuestos que quedan excluidos de la motivación.

En el Capítulo V se trazan las posibles modalidades de la motivación una vez constatado que en la práctica se flexibilizan las reglas estrictas de fundamentación razonada de la actividad administrativa y que no solo es admitida acertada y suficiente referencia de hechos y fundamentos de derecho contenidas en el propio acto administrativo, sino que tales alusiones también pueden encontrarse en el conjunto del expediente.

La cuestión final del régimen jurídico de la motivación a la que se hace mención en este trabajo se instala en las consecuencias de la falta de la misma o de su manifestación defectuosa. El planteamiento de este interrogante, carente de reflejo legal, no se solventa con la atribución de una única consecuencia que englobe todas las posibles manifestaciones de la falta o defecto de la motivación, sino que se han de analizar las posibles y diferentes consecuencias que puede arrastrar el incumplimiento de la exigencia legal de motivar las decisiones administrativas que hayan sido adoptadas, pues no solo el incumplimiento de la motivación queda circunscrito al ámbito del acto administrativo, sino que las secuelas que origina la falta de motivación o una motivación defectuosa pueden a su vez tener repercusiones en otros círculos colaterales al acto, no por ello menos importantes, como los relativos al procedimiento en el que va inserto el acto administrativo que ha quedado huérfano de una adecuada motivación, al interesado que ve mermada su posibilidad de defensa y, por ultimo, al modo de proceder de la actuación administrativa.

C) Metodología.

En este estudio de investigación la elección de un método u otro no es una decisión que se ha adoptado en términos excluyentes y absolutos, pues nuestra preferencia en otorgarle un enfoque global a la obra impide aferrarnos a uno u otro de forma exclusiva. De ahí que los diferentes capítulos que conforman el armazón del trabajo se encuentran interrelacionados, presididos con una visión de conjunto que nos permite analizar de forma más enriquecedora el análisis de cualquiera de los aspectos substantivos y formales que irradia la motivación. La teoría de sistemas es la que mejor se adapta a lo expuesto, por ser un método integrador en el que su perspectiva sistémica permite explicar la motivación como parte integrante de un todo en el que su conexión con el procedimiento es esencial y determinante, desplazando los postulados clásicos del Derecho administrativo tradicional que la ubican como elemento del acto administrativo.

De forma particular, el empleo de una técnica metodológica variará atendiendo a la cuestión concreta planteada en las diversas situaciones, siendo el método analítico el más adecuado para aquellos supuestos en los cuales se procede a una descomposición de los distintos elementos de un objeto, como ocurre en la exposición de los diferentes requisitos de la motivación, mientras que, en otras ocasiones, el recurso al método sintético será el más apropiado como se observa en el tratamiento legal de los antecedentes jurídicos de la motivación.

A lo largo de toda la investigación jurídica, la referencia a la labor jurisprudencial ha sido constante y continuada generando un proceso inductivo en el que a raíz de los diferentes y variados pronunciamientos jurisprudenciales se ha podido inferir declaraciones y afirmaciones categóricas en relación a la motivación que asientan y consolidan su régimen jurídico en asuntos tan determinantes como los que refieren a las finalidades, aspectos formales y determinación exhaustiva de todos los supuestos legamente exigidos.

CAPITULO I.- CONCEPTO, NATURALEZA Y ENCUADRE NORMATIVO DE LA MOTIVACION

1. DELIMITACIONES PREVIAS: SU ACOTACIÓN SEMÁNTICA

El Derecho positivo no define qué es la motivación. La primera labor que debemos emprender es, por tanto, delimitar el contenido de esta noción, al objeto de proceder seguidamente a su estudio.

Una primera aproximación a la materia aconseja acudir a la definición del término “motivación” en el Diccionario de la lengua española que ofrece los siguientes significados de la palabra en cuestión: “1. Acción y efecto de motivar// 2. Motivo (causa)// 3. Conjunto de factores internos o externos que determinan en parte las acciones de una persona”¹. Si revisamos el verbo “motivar”, el Diccionario nos lo define como “Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”. De todo ello, parece un buen comienzo en la tarea de precisar y afinar el concepto de motivación, la apuesta por la descripción de “dar o explicar la razón que sustenta la decisión final”.

Este primer acercamiento viene acompañado de la necesidad de traer a colación otros términos que, aunque en un principio pudieran parecer sinónimos entre sí, como explicar, que junto a otros como decidir, argumentar y justificar, conforman facetas de una misma realidad, creemos deben presentarse de manera diferenciada. La correcta comprensión del término motivación requiere, por tanto, una previa delimitación de la acción que en sí mismo encierra, pues la simple referencia al mismo genera cierto desconcierto y desorientación que derivan en diferentes interpretaciones.

Mientras explicar una decisión significa mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar tal decisión, justificar, sin embargo, implica ofrecer razones de las que se infiere el carácter correcto de esa decisión. Para fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción, mientras que la explicación requiere indicar los motivos, los antecedentes causales de una acción. Una acción puede estar motivada, pero no justificada.

Lo que se exige de los órganos que adoptan decisiones jurídicas es que justifiquen sus decisiones, caracterizándose el razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a demostrar, acreditar o fundamentar tales decisiones, aunque en ocasiones tanto la operación de explicar como la de

¹ Real Academia Española (2014): *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Madrid, Espasa.

justificar lleguen a entrecruzarse y a confundirse. En el derecho hay que argumentar porque hay que decidir y porque no se acepta que las decisiones, especialmente las que proceden de órganos públicos, puedan presentarse desprovistas de razones. Cuestiones relativas a la argumentación como el hecho de conocer cuáles son las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión o saber cómo se justifican racionalmente las decisiones jurídicas son verdaderamente interesantes e inquietantes para la práctica del Derecho y mantienen una cierta conexión con la motivación, y aunque no es tema a tratar en este estudio la argumentación como tal, alguna que otra alusión a ella se dará, en concreto cuando abordemos las razones como parte integrante del contenido de la motivación².

Por tanto, aunque en un principio la argumentación acompaña a las decisiones, no debemos identificar las acciones que ambas esconden, la de argumentar y la de decidir, pues nos podemos encontrar situaciones en las que se haya decidido sin argumentar, sin dar razones de por qué se decide en algún sentido y argumentaciones que tengan lugar en otros contextos como los teóricos a propósito de creencias y opiniones, en los que no se trata de decidir³.

La ambigüedad que en un primer momento se pudiera atribuir al vocablo motivación, ya sea al recoger la explicación o la fundamentación de la decisión adoptada, no debe afectarnos ni llegar a confundirnos, pues en el contexto jurídico en el que nos encontramos y más concretamente el que afecta a la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos prácticos, debemos ser conscientes que la necesidad de la motivación en los supuestos legalmente exigidos se sustenta en base a la fundamentación de los mismos. Dicha fundamentación ha de entenderse no solo en términos estrictamente lógico formales en la que se dan un encadenamiento de proposiciones, las premisas, que siguen a otra, la conclusión, sirviendo las primeras de justificación a la segunda, sino también realizando su dimensión argumentativa mediante la cual se mencionen además de las proposiciones, las razones que se han producido a favor de lo que se dice, se especifiquen cuáles son pertinentes y se rebatan otras razones que justificarían una conclusión diferente. De todo ello se deduce que el cometido de argumentar no se limita única y exclusivamente a una actividad simple y mecánica sino

² Vid. ATIENZA, M. (2004): *El sentido del Derecho*, Ariel, pp. 254-255; (1997): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales; (1993): *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, pp.119-143.

³ ATIENZA, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, p.108; (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, pp. 62-67.

que puede llegar a ser muy compleja con un contenido muy diverso que de una manera u otra tendrá repercusiones en los diferentes modos de articular la motivación.

Por otra parte, es conveniente apuntar que ofrecer un concepto de motivación no debe ser tarea fácil ni cómoda para el legislador pues no hay constancia de ello en las normas de Derecho positivo español, únicamente un solitario artículo 54 en la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJPAC-, del cual podemos afirmar, recordando a BOBBIO para quien las normas desde un punto de vista formal son entidades lingüísticas entendidas como “proposiciones prescriptivas”, que el aludido artículo recoge un enunciado prescriptivo que obliga *ex profeso* a motivar una serie de supuestos tratando de influir en el comportamiento de sus destinatarios para que estos, en nuestro caso los órganos administrativos, actúen de acuerdo con lo que las normas estipulan⁴.

En virtud de lo expuesto hasta ahora, parece que no podamos dar por descontado que exista un concepto de motivación al que baste remitirse cómodamente, pues ni en este artículo ni en ningún otro expuesto en la legislación sectorial de nuestro ordenamiento jurídico público en los que el término motivación comparece, se indica cómo debe ser entendida dicha exigencia, salvo vagas y genéricas referencias en las que se apuesta por una motivación sucinta.

Por todo ello, no quedaría otra alternativa que “elaborar un concepto metapositivo de motivación”⁵, ante lo cual la doctrina y la jurisprudencia han ido modelando una noción de la motivación, tomando como punto de partida, a veces, su condición de elemento del acto administrativo y otras, haciendo especial hincapié en la función que lleva a cabo. En la búsqueda de una adecuada e idónea definición ofreceremos, junto a tales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, el tratamiento otorgado por el legislador a la motivación, finalizando con una propuesta personal.

2. EL CONCEPTO DE LA MOTIVACIÓN DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La dogmática del negocio jurídico aplicada al ámbito del Derecho administrativo resalta el papel central del acto administrativo como una variedad del acto jurídico que se presenta como una institución jurídico-administrativa de indudable ascendencia

⁴ BOBBIO, N. (1991): *Teoría General del Derecho*, Debate, 1º ed. Madrid, pp. 55-80.

⁵ IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003): *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, p. 149.

procesalista y que debido a su posición medular en los postulados del Derecho administrativo ha exigido una configuración rigurosa, detallada y de perfiles netos dotada de un régimen jurídico unitario como ha quedado reflejada a través de las diversas aportaciones doctrinales⁶.

La falta de positivización de la motivación no ha impedido que gran parte del acervo doctrinal se inquiete y participe en la tarea de ofrecer propuestas conceptuales a partir de la teoría general del acto administrativo, que pudieran quedar englobadas en dos grandes alternativas: una, centrada en el estudio de los elementos del acto administrativo y otra, que atiende a la función que realiza o que le es encomendada.

2.1. Desde su dimensión de elemento del acto administrativo.

La teoría tradicional de los elementos del acto acostumbra a identificar como tales el elemento subjetivo, el objetivo, el teleológico, el causal y el formal. La mayoría de los autores que componen la doctrina científica administrativista de nuestro país, en el cometido de asignar una adecuada concepción de la motivación, parten del estudio de dichos elementos del acto administrativo, asociándola a uno de ellos para así conseguir ofrecer un tratamiento pormenorizado y diferenciado de tal figura⁷.

⁶ GARCIA-TREVIJANO FOS, J. A. (1991): *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas; BOQUERA OLIVER, J. M. (1993): *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 7º ed.; BOCANEGRA SIERRA, R. (2005): *La Teoría del acto administrativo*, Iustel y (2012): *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 4º ed., Madrid; LINDE PANIAGUA, E. (2012): *Procedimiento, acto y recursos administrativos*, Colex, 6º ed.; GARRIDO FALLA, F. (1964): *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, Instituto Estudios Políticos, 3º ed.; VELASCO CABALLERO, F. (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos; PAREJO ALFONSO, L. (2015): “Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo” en REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015) (Coord.): *Régimen jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, pp. 471-502.

⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015): *Curso de derecho administrativo*, Thomson-Civitas; SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2015): *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 3º ed.; BOQUERA OLIVER, J. M. (1993); MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV, Boletín Oficial del Estado*, 4º edición, p. 73; ENTRENA CUESTA, R. (2003): *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I.1, 13 º ed., Tecnos; MARTIN MATEO, R. y DIEZ SANCHEZ, J. J. (2009): *Manual de Derecho Administrativo*, 28º ed., Thomson-Aranzadi; BOCANEGRA SIERRA, R. (2012); BERMEJO VERA, J. (2012): *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Civitas, 10º ed.; GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015): *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 12º ed.; PAREJO ALFONSO, L. (2014): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 7º ed.; PARADA VAZQUEZ, R. (2013): *Derecho Administrativo II*, Open ediciones universitarias, 20º ed.; GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 5º ed., Civitas; SANCHEZ MORON, M. (2015): *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 11º ed.; COSCULLUELA MONTANER, L. (2015): *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, 26º ed.; GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA, LOSADA GONZALEZ (2010): *Tratado de Derecho Administrativo I. Parte General*, 15º ed.; BARRERO RODRIGUEZ, C. (coord.)(2016): *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*, vol.I, Tecnos, 3º ed.; FERNANDEZ FARRERES, G. (2012): *Sistema de*

En esta primera alternativa de estudio el interés doctrinal se decanta en mayor medida por dos de los elementos mencionados, el elemento objetivo y el elemento formal, observándose en éste último una mayor intensidad.

2.1.1. La motivación como elemento formal del acto.

Un sector doctrinal mayoritario aboga por considerar a la motivación como elemento formal del acto administrativo, incluso alguno como SANTAMARIA PASTOR, recalca que la motivación es el único requisito formal riguroso impuesto por la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo común -LRJPAC-, aunque su implantación haya sido solo parcial en el procedimiento administrativo, tanto en lo referente a su ámbito material como a sus requisitos⁸.

La forma, como elemento del acto administrativo, es susceptible de ser empleada en un doble sentido. En un sentido amplio la forma constituye el medio de producción y exteriorización de la declaración de voluntad, mientras que en un sentido estricto se refiere únicamente al medio de exteriorización de la voluntad manifestada en el acto. Siendo esto una cuestión de carácter sistemático y terminológico, observamos que ambas interpretaciones mantienen relación con la motivación tanto la relativa a la declaración de voluntad como aquella que integra la voluntad expresada en el acto⁹.

La doctrina tradicional y clásica que interpreta la forma como declaración de la voluntad administrativa acepta sin reparos la motivación como uno de los elementos formales del acto administrativo. Mientras autores como ENTRENA CUESTA la entiende como forma de exteriorización de los actos administrativos apartando el

derecho administrativo, Civitas, 1º ed; LOPEZ PELLICER, J. A. (1993): *Lecciones de Derecho Administrativo I*, Murcia, 3º ed.

⁸ SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2015), *op. cit.*, p. 80. En cuanto a su ámbito material el artículo 54.1 LRJPAC limita la obligación de motivar a supuestos específicos de actos, y en cuanto a su contenido, el mismo precepto se limita a exigir únicamente que la motivación sea sucinta.

⁹ El primer aspecto, la forma como integración de la voluntad expresada, hace referencia al cauce necesario para la producción de actos administrativos, un *iter* concreto, un procedimiento determinado, que garantiza que el acto administrativo se produzca, no de cualquier manera ni a voluntad del titular del órgano a quien compete tal producción, sino cumpliendo todas las fases. El procedimiento administrativo, no es una forma de integración de una sola voluntad administrativa que se nutre de diferentes procedencias; no es, como dice GARCIA DE ENTERRIA, “*un acto complejo, es más bien un complejo de actos, todos ellos instrumentales o auxiliares del acto final resolutorio o conclusivo, sin mengua de su sustantividad jurídica independiente*”. El segundo de los elementos formales hace referencia a la forma de manifestación del acto, forma de declaración, la cual debe ser idónea para que pueda exteriorizarse el contenido del acto administrativo y pueda ser conocida por los interesados. La forma está generalmente tasada, frente al principio de libertad de forma característica del negocio privado, así lo normal es que los actos administrativos se exterioricen de forma expresa y escrita, adquiriendo especial importancia en el contenido de esta forma escrita ordinaria, el requisito de la motivación. DESDENTADO DAROCA, E. (2009): “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *RVAP* núm. 84.

estudio del procedimiento administrativo para un momento posterior¹⁰, otros como GARRIDO FALLA la recoge como cuestión conexa entendiéndola como “la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste”¹¹. De igual manera MARTIN MATEO y DIEZ SANCHEZ la ubican en el elemento formal considerándola como exigencia de la declaración de voluntad de los actos administrativos expresamente determinados por ley¹².

En sentido similar son las declaraciones de tratadistas como PAREJO ALFONSO cuando afirma que la motivación es esencial para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y las emitidas por PARADA VAZQUEZ que la identifican como requisito formal de los actos administrativos con la exigencia de “expresar sus fundamentos, los motivos que la justifican”¹³.

Particular atención es la dedicada por autores como GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, en el análisis de los elementos formales del acto, al referirse al contenido de la forma escrita ordinaria de los actos administrativos¹⁴. De igual manera, FERNANDEZ FARRERES, la incluye como contenido de la forma escrita de la resolución y la estima como “manifestación del razonamiento y la justificación de la declaración adoptada”¹⁵.

Otros estudiosos como BOCANEGRA SIERRA la incluyen como condición formal de validez del acto administrativo junto a la competencia y el procedimiento¹⁶, mientras que GAMERO CASADO y FERNANDEZ RAMOS la reconocen como el requisito de forma más importante del acto administrativo¹⁷.

Muchos más son los autores que suscriben la motivación como elemento formal del acto administrativo como MARTIN RETORTILLO, DESDENTADO DAROCA, BARRERO RODRIGUEZ, TRAYTER JIMENEZ, SANCHEZ MORON y BERMEJO VERA, con la mención de la visión particular que ofrece BOQUERA OLIVER al atribuir a la forma la nota de “esencial “como elemento del acto que es, entendida como medio de exteriorizar la voluntad, pues si la voluntad no se manifiesta de alguna manera

¹⁰ ENTRENA CUESTA, R. (2003), *op. cit.*, pp. 193 y ss.

¹¹ Cfr. GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA, LOSADA GONZALEZ (2010), *op. cit.*, p. 649.

¹² MARTIN MATEO, R. y DIEZ SANCHEZ, J. J. (2009), *op. cit.*, p. 250.

¹³ PAREJO ALFONSO, L. (2014), *op. cit.*, p. 449; PARADA VAZQUEZ, R. (2013), *op. cit.*, p.58.

¹⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, pp. 603-607.

¹⁵ FERNANDEZ FARRERES, G. (2012), *op. cit.*, p. 297.

¹⁶ BOCANEGRA SIERRA, R. (2012), *op.cit.*, p. .87.

¹⁷ GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op.cit.*, p. 440.

no existe acto jurídico. Para este autor la motivación “es una forma no esencial que acompaña a la forma esencial del acto administrativo expreso”¹⁸.

Por otro lado, la dogmática procesal también ha planeado sobre el procedimiento administrativo, y desde un principio las leyes de procedimiento se han concentrado en describirlo como una secuencia de actos de autoridad que tienen por objeto la adopción de decisiones con incidencia directa en las situaciones subjetivas del ciudadano. El procedimiento ha constituido el cauce formal para la formación de la voluntad de la Administración Pública donde el eje se localiza en la resolución y no en el proceso decisorio; el producto final por excelencia es el acto administrativo.

La idea inicial del procedimiento como elemento propio de la actividad *ad intra* administrativa fue completándose de forma gradual con una concepción garantista que fragua la concepción del procedimiento administrativo como institución con relevancia *ad extra*. En nuestro país el tratamiento del procedimiento administrativo pasa de ser un elemento interno del actuar administrativo a constituir un elemento del acto administrativo definitivo con finalidades defensivas.

La labor doctrinal y jurisprudencial no fue lo suficientemente diligente para otorgar al procedimiento administrativo la categoría y relevancia que le correspondía y se merecía y, por consiguiente, tratarlo como una institución autónoma desligada del acto administrativo. De ahí que durante mucho tiempo haya persistido la consideración del procedimiento administrativo como un mecanismo formal, como elemento auxiliar al servicio de la aplicación del Derecho, presentándose como mera formalidad junto a la motivación.

Pese a las escasas referencias encontradas que expongan un nexo del procedimiento administrativo con la motivación, destaca en un primer momento la apreciación de LOPEZ PELLICER al ubicarla como fase dentro del procedimiento administrativo en el estudio detallado del elemento formal del acto administrativo¹⁹.

De forma genérica y sin entrar en detalles ESTEVE PARDO reconduce la motivación a la terminación del procedimiento administrativo haciendo alusión al deber de motivación que recae sobre la Administración al finalizar mediante resolución

¹⁸ MARTIN RETORTILLO, S. (1957): “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *RAP*, núm. 23; DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, pp. ; BARRERO RODRIGUEZ, C. (2016), *op. cit.*, pp. 179-181; TRAYTER JIMENEZ, J. M. (2015): *Derecho administrativo. Parte general*, Atelier, 2º ed., pp. 326-330; SANCHEZ MORON, M. (2015); BERMEJO VERA, J. (2012); BOQUERA OLIVER, J. M. (1993), *op. cit.*, p. 305 y (1996): *Derecho Administrativo*, Civitas, 10ª ed., p. 453.

¹⁹ LOPEZ PELLICER, J. A. (1993), *op. cit.*, p. 267.

expresa²⁰. Igualmente LINDE PANIAGUA trata a la motivación cuando analiza la resolución recordando que aparte de ser congruente con lo que se haya solicitado, la resolución ha de ser motivada²¹.

En cambio, sí encontramos una verdadera justificación del engarce de la motivación con el procedimiento administrativo con PONCE SOLE anunciando un nuevo enfoque, que no sigue la teoría del acto, sino entendiendo el derecho como sistema, lo que trataremos de forma más detallada en el correspondiente apartado²².

2.1.2. La motivación y su conexión con los elementos objetivo y teleológico del acto administrativo.

El elemento objetivo se presta como punto de partida en el análisis de la motivación por otro sector doctrinal en el que se encuentran inmersos los presupuestos de hecho, el fin, la causa y los motivos, y que les permite amasar algún que otro concepto de la misma.

La causa, a pesar de la escasa relevancia jurídica que ostenta en la legislación administrativa general, les sirve a algunos autores como nexo en el intento de ofrecer un concepto unívoco de motivación²³. Todo acto administrativo debe tener una causa y una finalidad y es el requisito de la motivación el que exige que esa causa y finalidad se exteriorice mediante la referencia a los hechos y fundamentos de derecho que justifican el acto, que en sí consiste la motivación²⁴. La motivación permite, como señalan GARRIDO FALLA y FERNANDEZ PASTRANA, conocer sobre todo la causa y el fin del acto administrativo²⁵.

Junto a la causa, en el acto administrativo, se incorporan los motivos en que se funda la decisión de la Administración. Son la razón de ser, el fundamento del acto administrativo, las razones, remotas e inmediatas, que impulsan el *iter voluntatis* del

²⁰ ESTEVE PARDO, J. (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 5ª ed., p. 182.

²¹ LINDE PANIAGUA, E. (2012): *Fundamentos de Derecho Administrativo. De derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Colex, 4ª ed., p. 399.

²² PONCE SOLE, J. (2001): *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova.

²³ La causa se entiende como la adecuación del contenido de los actos a los fines que persiguen, tal adecuación a los fines propios de la potestad que se ejercita es la causa para los actos administrativos. Es por tanto, la función objetiva que el acto cumple y de cuya concurrencia depende su validez; función, que en la mayoría de los supuestos, está ya predeterminada por el ordenamiento. El artículo 6 RSCL señala en esa línea que: “El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”.

²⁴ AYALA MUÑOZ et al (2008): *Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Thomson-Aranzadi, 4ª ed., p. 377.

²⁵ GARRIDO FALLA, F. y FERNANDEZ PASTRANA, J. M. (2000): *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas: (un estudio de la ley 30/1992)*, Civitas, 3ª ed., op. cit., p. 187.

agente y que en su último desarrollo, para que el acto sea legítimo, debe coincidir con la causa. A pesar que esta ha tenido menor relevancia, como apuntábamos anteriormente, los motivos se valoran al máximo exigiendo la explicitación de ellos a través de la motivación. Deben expresarse mediante declaración formal los motivos de hecho y de derecho de las decisiones administrativas.

Por todo ello, es conveniente diferenciar, como señala GONZALEZ PEREZ, los motivos del acto de la propia motivación, apuntando que todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos y la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen las razones que le sirven de fundamento a la decisión²⁶. Muchos son los autores que suscriben esta idea, como GALLEGO ANABITARTE y MENENDEZ REXACH, al considerar los motivos en los que se basa todo acto administrativo como parte escindible de la motivación definiendo a la motivación como “exigencia formal de que se expresen, se enuncien, las razones que sirven de fundamento a la decisión”²⁷.

Tal distinción también es avalada por GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, al puntualizar que en los motivos ha de aparecer, por una parte, la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica y, por otra parte, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejerce, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto. Y es a través de la motivación donde se concentran en un solo instrumento final, que son los motivos, todas las exigencias de los requisitos objetivos del acto²⁸.

A través de la motivación los destinatarios podrán comprobar y valorar si concurren los supuestos de hecho previstos en la norma y de qué manera el órgano administrativo actuante los ha apreciado y valorado, al igual que podrán saber en qué medida se utilizó de forma correcta el Derecho aplicable y se interpretaron los hechos de forma adecuada y razonable.

De otra parte, el elemento teleológico es otro de los elementos del acto que es apropiado doctrinalmente, aunque con menor seguimiento, en el análisis de la motivación.

Uno de ellos, DE LA VALLINA VELARDE, pionero en nuestra doctrina en manifestar interés por el estudio de la motivación, exige destacar desde un principio el

²⁶ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1135.

²⁷ GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A. (2001): *Acto y procedimiento administrativo. Lecciones de Derecho Administrativo 2*, Marcial Pons, p. 200.

²⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, pp. 594-595.

hecho de que toda la actuación administrativa jurídicamente gire en torno el elemento teleológico y así afirmar que el fin perseguido por la Administración pública en su actuación condiciona de tal manera su legalidad que ha de ser elemento decisivo para su enjuiciamiento, resaltando el especial papel que presenta la motivación²⁹.

Otros de los autores que hacen acopio del elemento teleológico para el estudio de la motivación es COSCULLUELA MONTANER diferenciando los elementos del acto de los de la potestad administrativa y así entender que tanto los presupuestos de hecho como el fin que persigue son elementos reglados de la potestad y no del acto, siendo este solo una manifestación del ejercicio de la misma. Debido a ello, define la causa como la particular finalidad por la que resulta dictado el acto, como la realidad objetiva que implica la existencia de un interés público para cuya satisfacción se llega a ejercer una concreta potestad, la cual tiene un fin objetivo y reglado establecido en la norma, para así concluir que la exigencia de identificación de la causa del acto con los fines de la potestad que le sirve de fundamento tiene a su servicio la obligación que se impone a la Administración Pública de motivar los actos administrativos más relevantes³⁰.

2.2. Desde su dimensión funcional.

La segunda de las alternativas que defiende otra gran parte de la doctrina administrativista de nuestro país es la que manifiesta un interés por la función que encierra la motivación. Muchas y variadas son las alusiones al término motivación poniendo énfasis en la acción que realiza, en la función encomendada, unas veces de manera genérica y otras de forma más específica. Voces como BERMEJO VERA la definen como el hecho de “exponer o poner de manifiesto en la declaración los razonamientos y argumentos con los que la Administración justifican sus decisiones sobre la base de los supuestos de hecho determinantes de las mismas”³¹, y otras como ENTRENA CUESTA y GARRIDO FALLA como la “exteriorización o expresión de las razones que ha llevado a la Administración a adoptar una determinada resolución”³².

²⁹ DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967): *La motivación del acto administrativo*, Estudios administrativos, p. 22.

³⁰ COSCULLUELA MONTANER, L. (2015), *op. cit.*, pp. 362-363.

³¹ BERMEJO VERA, J. (2012), *op. cit.*, p. 238.

³² ENTRENA CUESTA, R. (2003), *op. cit.*, p. 195; GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA, LOSADA GONZALEZ (2010), *op. cit.*, p. 649.

La motivación es para GONZALEZ PEREZ “la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto”³³, a través de la cual se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada y que justificaron el acto. De manera muy similar BARRERO RODRIGUEZ manifiesta que la motivación consiste en “la expresión por la Administración de las razones de hecho y de derecho que justifican y fundamentan el acto administrativo”³⁴.

Más autores se detienen en el intento de ofrecer una definición precisa de motivación incidiendo en la acción que arrastra, como GALLARDO CASTILLO, la cual se inclina en principio por una delimitación negativa del término entendiendo que la motivación “no consiste en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que la motivación ha de ser la conclusión de la argumentación justificativa de la decisión”³⁵.

Desde la vertiente del control jurisdiccional de la actuación administrativa que permite un examen exhaustivo del propio acto administrativo, la motivación juega un papel transcendental y, por ello, no es de extrañar que en nuestra doctrina las mas modernas referencias al tema de la motivación se contengan en estudios relativos a la problemática de la desviación de poder como medio de control de la actuación administrativa. DE LA VALLINA destaca el hecho que para una exacta apreciación del vicio de desviación de poder, la motivación ha de resultar “instrumento preciosísimo” en manos de los tribunales, o en otros términos, el destacado papel que la motivación está llamada a realizar en orden a la reducción de las inmunidades jurídicas de la Administración, y concretamente de la inmunidad jurídica de la discrecionalidad³⁶.

Insistiendo en el carácter instrumental que se le ha otorgado a la motivación, autores como GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ RODRIGUEZ la definen como “un medio técnico de control de la causa del acto”³⁷ y otros como BLANQUER apostilla que tal instrumento de control lo es “para evitar la arbitrariedad de los poderes públicos constitucionalmente vedada”³⁸.

³³ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1135.

³⁴ BARRERO RODRIGUEZ, C. (2016), *op. cit.*, p. 179.

³⁵ GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/92 de 26 de noviembre*, Tecnos, p. 240 y (2010a): “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, *Actualidad Administrativa*, p. 138.

³⁶ DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 84.

³⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 606.

³⁸ BLANQUER, D. (2010): *Derecho Administrativo Vol I*, Tirant lo Blanch, p. 388.

De otro lado, es significativa la nueva orientación que va tomando la motivación con nuevos y enriquecedores virajes que se producen en torno a ella en los que es conveniente detenernos aunque hagan tambalear la doctrina clásica y consolidada que sustenta la motivación. FERNANDO PABLO, artífice de uno de ellos, deduce del análisis de la LRJPAC que en ella no domina totalmente un concepto enunciativo de la motivación que identifique su función y régimen con la de los vicios de forma, constituyendo la verdadera justificación la motivación interna que resulte de los datos de la instrucción incorporados al expediente en su conjunto, sino que también está presente la idea de motivación como requisito de fondo del acto en tanto se parte del concepto de motivación-justificación, entendiendo la motivación como discurso en sí mismo, justificativo de una decisión, recordando que la justificación de una decisión conduce a justificar su contenido, lo que permite desligar la motivación de los motivos. Sus afirmaciones las respalda el doble papel conceptual de la motivación que, según el autor, recoge la Ley: como simple enunciación formal de los datos justificadores que obran en el expediente y como discurso en sí mismo justificativo alentando a una reconsideración del tema, para indicar, finalmente, que es el concepto de motivación el que debe ser reformulado³⁹.

Sustentados en la afirmación que la motivación es una consecuencia más del principio de legalidad en cuanto que impone a la Administración autora del acto justificar debidamente las normas en que se apoya y la concurrencia de los hechos previstos en aquélla, GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ la desglosan manifestando que “motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”⁴⁰.

En definitiva, siguiendo esta perspectiva dinámica de la motivación, motivar los actos, es en la actualidad, como nos recuerda MUÑOZ MACHADO “una operación consistente en justificar la decisión administrativa constatando la concurrencia de los hechos en que se apoya y la legalidad que habilita las potestades que se ejercen, así

³⁹ FERNANDO PABLO, M. M. (1993): *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, pp. 232-234.

⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 604.

como explicar razonadamente la conexión que existe entre los hechos y la norma que se aplica”⁴¹.

En otro orden de consideraciones, es oportuno señalar que tanto las sentencias anteriores a la aprobación de la LRJPAC como las coetáneas manifiestan interés en precisar una correcta acepción del término motivación, sirviendo tales pronunciamientos de precedentes a decisiones jurisdiccionales posteriores. Y es curioso que tanto en unas como en otras se escoja la alternativa del aspecto funcionalista de la motivación más que inclinarse por su condición de elemento formal del acto administrativo.

De la lectura de algunos pronunciamientos podemos resumir que la motivación es “la expresión racional del juicio emitido y de las resoluciones que implican un gravamen para el destinatario”⁴², que consiste en “un razonamiento o en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica”⁴³ y que no es más “que la exteriorización de las razones, de hecho y de derecho, en que el acto administrativo se apoye, o que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la Administración”⁴⁴.

Motivar es “hacer públicas las razones de hecho y derecho que justifican y fundamentan los actos”⁴⁵; es “explicar la razón por la que se hace algo significa tanto como que se fundamente la acción administrativa en función de un fin objetivo o interés público que debe perseguir”⁴⁶.

La jurisprudencia contencioso-administrativa también recoge en sus dictados, al igual que la doctrina, la distinción entre motivos y motivación, proclamando que “una cosa son los motivos del acto y otra muy distinta la motivación, pues lo primero es la causa por la que decide, pero lo segundo constituye la exigencia formal de que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión”⁴⁷.

⁴¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV*, Boletín Oficial del Estado, *op. cit.*, p. 73.

⁴² STS 4 Abril 1987 RJ 1987/421, STS 15 Febrero 1991 RJ 1991/1186 FJ 4.

⁴³ STS 27 Febrero 1990 RJ 1990/783; STS 20 Enero 1998 Rec. 569/1994 FJ 4; STS 30 Enero 2001 Rec.23/1998 FJ 3.

⁴⁴ STS 15 Octubre 1981 RJ 1981/3673 Cdo. 7; STS 24 Abril 1992 Rec. 526/1990; STS 28 Junio 1993 Rec.8738/1990 FJ 2; STSJ (Galicia) núm.11/1999, 13 de Enero FJ 2; STS 19 Febrero 2002 Rec. 84/1999 FJ 4.

⁴⁵ STS 14 Marzo 2000 Rec. 3660/1996 FJ 4; STS 21 Enero 2003 Rec. 6012/1998 FJ 2; STS 25 Junio 2010 Rec. 5190/2007 FJ 3.

⁴⁶ STSJ (Islas Canarias) núm. 601/1998, 11 de Junio FJ 3.

⁴⁷ STS 15 Julio 1999 Rec. 900/1992 FJ 2.

También se ha definido como medida instrumental “para que se conozcan las razones de la voluntad de la Administración”⁴⁸, “que expresa la causa, motivo y fin que impulsa el actuar de quien emana”⁴⁹ y que “permite discernir la discrecionalidad de la arbitrariedad”⁵⁰.

3. EL CONCEPTO DE LA MOTIVACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE SISTEMAS

3.1. Rasgos fundamentales de la teoría sistémica y su repercusión en el procedimiento administrativo.

Los cambios profundos que se han producido en la sociedad y en el Estado, como la revolución de la sociedad de la información y del conocimiento, las privatizaciones, la revolución genética, la sociedad del riesgo entre otros, han puesto en alerta el sistema jurídico que se inspira en la dogmática tradicional centrada en la interpretación de las normas y en la creación del Derecho.

Los postulados del sistema conceptual del Derecho administrativo tradicional no siempre resultan útiles ante los nuevos fenómenos y las nuevas realidades de nuestro tiempo, lo que se refleja en la actitud creciente hacia la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. De todas las propuestas que se plantean para dar respuesta a los nuevos retos, es interesante el estudio del Derecho administrativo orientado sistemáticamente por la visión de conjunto y carácter global que ofrece.

El pensamiento sistémico se nutre de la perspectiva científica que aporta la doctrina de la dirección entendiendo el derecho administrativo como derecho que aspira a dirigir procesos sociales no solo limitándose a la construcción dogmática de reglas jurídicas, categorías, doctrinas, sino también preocupándose por encontrar condiciones y presupuestos que hagan posible el derecho más eficaz y eficiente orientada hacia el cumplimiento y la satisfacción de los objetivos que el ordenamiento le asigna en cada caso a la Administración para satisfacer la doble finalidad asignada: la ordenación, disciplina y limitación del poder, por un lado, y la eficacia y efectividad de la acción administrativa, por otro⁵¹.

⁴⁸ STSJ (And) Sevilla 25 Junio 2002 Rec. 346/2000 FJ 3.

⁴⁹ STS 9 Marzo 1998 Rec. 4005/1990 FJ 1.

⁵⁰ STSJ (C.Valenciana) núm.769/2005, 20 de Junio FJ 3.

⁵¹ GAMERO CASADO, E. (2015): *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Premio “Ángel Olavarría Téllez de Estudios Jurídicos” de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, en su VI edición.

Auspiciada por SCHMIDT-ASSMANN, la teoría general del Derecho administrativo como sistema, se caracteriza por el método integrador que exige la revisión de dogmas tradicionales y la construcción de nuevas categorías en las que destacan nuevos sectores de referencia, nuevos modelos de comunicación y nuevas estructuras administrativas, con la particular presencia del Derecho administrativo de la información⁵².

Una de las materias objeto de sistematización por el Derecho administrativo es la variada actuación imputable a la Administración, en la que se refunde tanto el régimen público de la información, pues toda acción presupone la obtención de la información, como todos los enfoques relativos a la teoría de las formas de la actuación jurídico-administrativa, la teoría de la relación jurídico administrativa, el derecho al procedimiento administrativo y la doctrina de los criterios de actuación, no suponiendo esto último una causal agrupación sino como apunta el autor germano “un ensamblaje pleno de sentido y complemento funcional de modelos de regulación diferentes”⁵³. De las diferentes teorías que engalanan la acción administrativa desde un enfoque sistémico, es la relativa al derecho procedimental la que merece nuestra atención en estos momentos por su conexión con la motivación.

La comprensión sistémica de la teoría del derecho procedimental despierta al procedimiento del letargo en el que se hallaba. Para SCHMIDT-ASSMANN los procedimientos administrativos desempeñan un papel importante para la construcción del Derecho Administrativo tanto por el hecho de ser fenómenos concretos como por proporcionar un esquema de ordenación, insistiendo que desde el punto de vista sistemático es más importante la función del procedimiento “como esquema ordenador, entendiéndolo como proceso o sucesión ordenada que proporciona transparencia y racionalidad, coordinación y contacto”⁵⁴.

Las significativas aportaciones doctrinales de este autor han calado en nuestra doctrina más moderna que han propiciado oportunas y valiosas reflexiones superando la

⁵² Vid. acerca del pensamiento sistemático en el Derecho Administrativo SCHMIDT- ASSMANN, E. (2003): *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons y (1993): “El procedimiento administrativo entre el Principio del Estado de Derecho y el Principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa”, en BARNES VAZQUEZ, J. (1993) (coord.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas; GONZALEZ NAVARRO, F. (1992): “La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico (una nueva terminología en la reciente jurisprudencia)”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. I, Madrid.

⁵³ SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003), *op. cit.*, p. 305. El autor desglosa de forma pormenorizada los aspectos más significativos de cada teoría (pp. 306-383).

⁵⁴ SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003), *op. cit.*, p. 360 y (1993), *op. cit.*, p. 321.

visión del procedimiento como simple sucesión de actos-trámite, provocando una revalorización del procedimiento tanto por el alumbramiento de diferentes concepciones como por la ampliación de su círculo funcional. Los procedimientos administrativos no se pueden circunscribir a un único objetivo sino que responden a amplias competencias administrativas, a otros fines tales como la información administrativa, la coordinación y la garantía del acierto en la decisión, la seguridad jurídica individual y la consecución del consenso institucional⁵⁵.

Desde una de estas dimensiones, la dimensión informativa, es a partir de la cual BARNES VAZQUEZ ha resaltado, entre otros, el papel crucial del procedimiento como pieza básica y columna vertebral del Derecho administrativo afirmando que desde los postulados del Derecho Administrativo de la Información se produce una transformación del mismo que trae consigo una concepción más amplia y moderna, definiéndolo como un conjunto de actuaciones que se producen en el seno de la Administración que tienen por objeto la obtención y el procesamiento de información⁵⁶.

El mismo autor presenta a la información como elemento basilar de un moderno Derecho Administrativo que debe ser bien obtenida y tratada en el procedimiento oportuno en un constante proceso comunicativo, igualando el procedimiento a un “sistema de intercambio de información y como comunicación”⁵⁷. Aun así, esta comprensión amplia e integradora del procedimiento administrativo no solo radica en esta particular dimensión apuntada sino también en la innovadora clasificación o categorías de procedimientos que aporta basada “en el modelo de Administración y en la forma de gobierno y regulación en el que esta se inserta” pues considera que la institución del procedimiento administrativo “es tan poliédrica en sus funciones y morfología, y resulta tan transversal, que la comparación solo puede entenderse por la

⁵⁵ SCHMIDT-ASSMANN, E. (1993), *op. cit.*, p. 322. Vid también SCHMIDT-ASSMANN, E. (2008): “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional” en BARNES VAZQUEZ, J. (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, pp. 75-112.

⁵⁶ BARNES VAZQUEZ, J. (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global; SCHMIDT- ASSMANN, E. (1993), *op. cit.*, p. 318. Vid. también PITSCHAS, R. (2012): “Derecho administrativo de la Información. La Administración Pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del Gobierno electrónico” en BARNES VAZQUEZ, J. (2012): *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, pp. 193-248.

⁵⁷ BARNES VAZQUEZ, J. (2010): “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia” en GARCIA MACHO, R. (2010): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, pp. 56 y ss.; BARNES VAZQUEZ, J. (2006): “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas” en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, p. 308.

clasificación por generaciones”⁵⁸. Por todo ello, afirma que el concepto de procedimiento administrativo no se detiene ya, como antaño, en la exclusiva idea de procedimiento como proceso decisorio, seguido o impulsado de oficio por una Administración de carácter imperativo para concluir en un acto, sino que asimismo comprende, además de otros procesos decisorios basados en la colaboración interadministrativa y público-privada, la obtención y el intercambio de información y, más ampliamente, el código básico de las relaciones entre la Administración y el ciudadano”⁵⁹.

Otra de las finalidades apuntadas se refiere a la garantía de acierto en las decisiones administrativa, sobre la que ahonda PONCE SOLE, considerando al procedimiento como instrumento para el logro de decisiones administrativas acertadas. Se aparta de la consideración estática del procedimiento como una sucesión de actos administrativos de trámite, para adoptar una perspectiva dinámica entendiéndolo como modo de desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses generales y que junto a la conexión constitucional sistemática que de forma admirable canaliza en su obra, lo acaba moldeándolo y configurándolo como uno de los instrumentos jurídicos que posibilitan el cumplimiento del deber de buena administración, como un factor que potencia las posibilidades de obtener decisiones administrativas de calidad y como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas⁶⁰.

3.2. La imbricación de la motivación en la comprensión sistémica.

Durante mucho tiempo el tratamiento del procedimiento administrativo ha permanecido arraigado al elemento formal del acto administrativo junto a la motivación y no ha sido hasta recientemente con los actuales tiempos y cambios ocasionados los que han traído consigo novedosos replanteamientos y modernos enfoques como el sistémico que acabamos de reflejar, en la que se produce un desplazamiento fundamental: de la centralidad del acto, como manifestación de voluntad que crea la relación jurídica que interesa al derecho, se pasa a la centralidad del procedimiento, momento de configuración de la decisión.

⁵⁸ BARNES VAZQUEZ, J. (2012): “Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación” en BARNES, J. (2012) (editor): *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, INAP, p. 340. De manera más detallada el análisis de las tres generaciones de procedimientos administrativos pp. 346-377.

⁵⁹ BARNES VAZQUEZ, J. (2012), *op. cit.*, p. 344.

⁶⁰ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 127.

Entendiendo el procedimiento administrativo como un sistema conceptual en la que el todo es más que la suma de sus partes, y de ahí que la actividad procedimental esté interconectada, resulta que la motivación también forma parte del sistema.

El sentido de la motivación ya no se explica ajustándonos a los postulados del Derecho administrativo tradicional, pues ya no resulta útil para aprehender los nuevos fenómenos y realidades de nuestro tiempo, no considerándose como elemento del acto sino como elemento del procedimiento, más bien como parte integrante de un todo junto al procedimiento.

Desde la perspectiva sistémica se descubren nuevos y diferentes puntos de contacto e interacción entre motivación y procedimiento como modo de desarrollo de la función administrativa revelándola como expone PONCE SOLE “una ventana al exterior que permite asomarse al modo de desarrollo de la potestad durante el procedimiento”. El modo como se desarrolla la función administrativa y se llega a la solución final y la exteriorización de las razones que sustentan estas, apunta el autor “no son compartimentos estancos sino vasos comunicantes”. Por un lado, señala que el procedimiento administrativo no solo actúa como contexto de descubrimiento de la solución finalmente adoptada sino también como contexto de justificación, pues sirve para justificar la solución adoptada al fundamentar la decisión, al sustentarla con una adecuada fase de instrucción y una ponderación racional de los datos manejados y por otro, enlaza la motivación, aunque sea de manera parcial, con el procedimiento, por cuanto “el deber de sintetizar y exteriorizar las razones y el criterio empleado para decidir obliga al decisor a reflexionar y a encontrar razones válidas que sustenten la alternativa seleccionada, razones que deberán venir respaldadas de forma congruente por el material contenido en el expediente”. A semeja a la motivación a una especie de revelado del procedimiento permitiendo que desde el exterior, a través de su análisis, se pueda verificar cómo se ha ejercido la función. Su conclusión acerca de la interconexión entre procedimiento y motivación es tajante pues las decisiones administrativas deben estar procedimentalmente fundamentadas y exteriormente motivadas⁶¹.

De una manera u otra los renovados planteamientos van a provocar una ruptura con la idea tradicional de la motivación como parte del acto para formar parte del procedimiento, el cual se considera como punto neurálgico y de referencia que arrastra

⁶¹ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, pp. 515 y ss.

sustantividad propia de sus elementos como ponderación de bienes e intereses o la propia motivación.

Este singular paradigma del procedimiento trae consigo un cambio de la motivación que no permitiría la admisión generalizada y excluyente de una consideración unitaria y uniforme de la misma.

4. LA MOTIVACIÓN COMO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN

4.1. El deber de motivar como manifestación de una potestad funcional.

Las potestades públicas son presentadas como “dosis medidas de poder” que juridifican formalmente al poder público, aunque materialmente no lo consigan en el mismo grado, y, son, a su vez, otorgadas, la mayor parte, por el ordenamiento jurídico. La potestad como técnica de la teoría general del Derecho constituye el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas, siendo especialmente significativo en el caso de la Administración que concreta en ello la técnica del principio de legalidad y cuyo otorgamiento no es exclusivo hacia ella, pues los administrados también pueden ser titulares de esta clase de poder jurídico, tanto en el ámbito del Derecho Privado como en la esfera de Derecho Público.

De las diferentes categorías de los poderes expuestas por SANTI ROMANO, se identifican unos poderes que, junto a aquellos que se ejercitan en interés propio del titular, aquellos otros que persiguen un interés ajeno o un interés objetivo denominándolos el propio autor “funciones” o de “oficios”⁶². El reflejo de estas potestades funcionales en nuestra Constitución se deduce de varios argumentos como el hecho de que al estar la actuación administrativa justificada por los fines a que se dirige, la persecución de éstos, como servir con objetividad los intereses generales, se configura como una función y por tanto las potestades que se ejercitan se considerarán como potestades funcionales⁶³. La generalidad de las potestades conferidas a la

⁶² SANTI ROMANO (2002): *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares, Granada, p. 230.

⁶³ DE LA CUETARA, J. M. (1983): “Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, *REDA*, núm. 38, pp. 387-417; DE LA CUETARA, J. M. (1986): *Las potestades administrativas*, Tecnos, p. 20; VILLAR PALASI, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1982): *Principios de Derecho Administrativo*, T. II, pp. 3-40; BAENA DEL ALCAZAR, M. (1992): “Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, pp. 2453-2465; SANTAMARIA PASTOR, J. A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 874-904; GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, pp. 479-490; DE LA MORENA, L. (1992): “La potestad administrativa: concepto, transcendencia, análisis” en *Actualidades y perspectivas del Derecho Público de fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, pp. 847-878.

Administración tienen el carácter de potestades funcionales en cuanto habilitadas por el ordenamiento para “servir con objetividad los intereses generales”⁶⁴.

Del ejercicio de estas potestades funcionales la situación de poder se conecta con una situación de deber en la medida en que el poder se otorga en consideración no ya de un interés propio de su titular, sino en atención a un interés de otro sujeto o a un interés simplemente objetivo de cuya efectiva satisfacción depende la legitimidad misma de su ejercicio, pero ello no implica que el poder sea deber y se puedan confundir los términos, sino que el poder implica deberes que no afecten a él en su totalidad sino en algún momento y en alguna dirección de él, sin llegar a coincidir⁶⁵.

En términos generales, frente a estas potestades nadie está en una situación de deber u obligación, sino en “la abstracta de sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia esfera jurídica”⁶⁶.

La legalidad permite atribuir potestades que suponen poderes generales de actuación cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados sino potencialmente afectados y, más que sometidos, sujetos a dicha potestad, no entendiendo por tanto el término de sujeción como equivalente a sometimiento, situación de minoración de garantías jurídicas o situación de inferioridad ante el titular de una potestad, pues de la misma potestad pueden derivar, una vez ejercitada, beneficios, perjuicios o situaciones indiferentes. La sujeción no ha de entenderse como un momento de una relación jurídica sino como “una posición”, toda vez que es fuente y causa de una serie indefinida de relaciones⁶⁷.

En virtud de todo ello, se podría afirmar que de las potestades funcionales atribuidas a la propia Administración pueden manifestarse deberes que fueran también atribuidos a ella misma, y no al sujeto que soporta los efectos derivados del ejercicio de la potestad. Apunte que corrobora la observación que tiempo atrás reflejó SANTI ROMANO al manifestar que “el sujeto activo de un poder es a veces, en la relación que el mismo instituye, no el sujeto activo de un derecho, sino el sujeto pasivo de una obligación”⁶⁸.

⁶⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 483.

⁶⁵ SANTI ROMANO (2002), *op. cit.*, p. 258.

⁶⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 481.

⁶⁷ SANTI ROMANO (2002), *op. cit.*, pp. 235-238; DE LA CUETARA, J. M. (1986), *op. cit.*, p. 41.

⁶⁸ SANTI ROMANO (2002), *op. cit.*, p. 237.

El deber jurídico de motivar puede ser uno de esos deberes que se imputan a la Administración y que se vinculan a una potestad, especialmente si es clasificada como potestad desfavorable o discrecional. El ejercicio de una potestad discrecional implica ciertos deberes de su titular, de ahí que se pueda afirmar que los mismos poderes se dicen vinculados a la observancia de tales deberes que están establecidos, implícita o explícitamente, para la tutela de los intereses objetivos o generales. En el desempeño tanto de potestades que merman los derechos de los ciudadanos como de potestades que gozan de un margen más amplio de apreciación, optando entre diferentes alternativas, están presentes una serie de rigurosos requisitos al que estarán sometidos los ciudadanos que pueden entenderse como deberes positivos que serán obligatorios formalizarlos y efectuarlos de un modo determinado, como ocurre con el requisito de la motivación.

En definitiva, la singularidad de todo lo expuesto se halla en el hecho de coincidir en un mismo sujeto, la Administración, el ejercicio de la potestad funcional atribuida y el cumplimiento de un deber derivado de tal potestad, deber legal como encargo, que en nuestro objeto de estudio consiste en exteriorizar las razones y motivos que sustentan la decisión administrativa.

4.2. Aproximación al término deber.

El término deber se deja acompañar de adjetivos que hacen que se conciba no solo desde un punto de vista jurídico, sino también social y ético, manifestándose diferentes tipos de deberes entrelazados unos con otros. Es necesario distinguir entre el deber específicamente jurídico, creado por la norma jurídica, y el deber moral de cumplir lo que mandan las normas del Derecho vigente. En la concepción iusnaturalista el deber moral engloba y fundamenta los deberes jurídicos específicos mientras que en la concepción positivista hay una sola clase de deber, el deber jurídico, formal y externo. Predomine una u otra concepción, la superposición de estos deberes no va a impedir su correcta delimitación que permita hablar de una noción autónoma del deber jurídico⁶⁹.

⁶⁹ Es recomendable la lectura de los fundamentos doctrinales del deber jurídico recogidas en RECASENS SICHES, L. (1978): *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 6º ed., pp. 240-243; PEREZ LUÑO, E. (2010): *Teoría del derecho. Una concepción jurídica de la experiencia jurídica*, 9º ed., pp. 61-67; DIEZ PICAZO, L. (1993): *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3º ed., Ariel; SORIANO, R. (1993): *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel Derecho, 2º ed., pp. 215-230; y DELGADO PINTO, J. (1990): "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho" en *XII Jornadas de Filosofía jurídica y social. Obligatoriedad y Derecho*. Universidad de Oviedo, pp. 19 y ss.

El concepto de deber jurídico ha sido analizado desde diversas perspectivas doctrinales generando diferentes y variadas teorías. Tras la irrupción del positivismo jurídico, la distinción entre derecho y moral aterriza en la teoría jurídica y es a partir de entonces cuando algunos teóricos del derecho emprenden la tarea de elaborar el concepto de un deber que deriva de las normas jurídicas positivas y que estaría diferenciado del deber que nos imponen los principios y reglas de la moral. El padre de la doctrina moderna del deber jurídico, KANT, sienta las bases de su concepción formulando una distinción sustancial entre la legalidad y la moralidad, entendiendo tal deber como la acción a que la persona se encuentra obligada. Junto a él, una de las líneas doctrinales más fructíferas coincide en defender un concepto de deber jurídico que, aunque distinto del deber moral, comparte con este un núcleo significativo común. Es la línea de quienes ven en toda obligación o deber “una vinculación normativa de la conducta” como KELSEN que defiende la idea que la existencia del deber jurídico es en todo caso independiente de que en cada caso concreto exista o no un vínculo psíquico en aquella dirección en que radica la conducta constitutiva del contenido del deber. El concepto formal de deber jurídico debe plantearse con absoluta autonomía e independencia respecto a otros contenidos de carácter moral o social que pueden concurrir con él, ya que solo la existencia de una norma de derecho positivo que imponga tal deber fundamenta y justifica su existencia⁷⁰.

Para la teoría jurídica contemporánea, la cuestión del deber jurídico se presenta difícil y controvertida con significativos interrogantes que emergen acerca de su polisemia conceptual y terminológica. Puede ser concebido en un sentido amplio o general, como tema eterno de la Filosofía del Derecho, o como correlato de obligaciones contraídas enfrentado a derechos subjetivos particulares, expresándose con otros términos del lenguaje como el de obligación jurídica, en el que no consta consenso doctrinal en la aceptación de uno u otro. Podría decirse que el vocablo deber tiene resonancias más teóricas y especulativas y pertenece con mejores títulos a la tradición del pensamiento jurídico, en tanto el de obligación responde a un sentido más técnico-jurídico y a una mayor modernidad⁷¹.

Para la doctrina civilista, las situaciones de poder jurídico y la situación de deber forman parte del contenido de toda relación jurídica. Las potestades se entienden como

⁷⁰ KANT, I. (1873): *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed.; KELSEN, H. (1999): *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.

⁷¹ SORIANO, R. (1993), *op. cit.*, p. 210.

poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que esta realice mediante ellos sus propios intereses sino para la defensa de los intereses de otra persona en la que la titularidad del interés está dissociada de la titularidad del poder. Frente a toda posición jurídica de poder corresponde, en la relación jurídica en que se inserta tanto un derecho subjetivo como una potestad, una situación de deber. Hay casos en los que el deber puede consistir en una posición meramente pasiva de soportar las consecuencias del ejercicio de poder, como ocurre frente a las potestades, y en otros el deber consiste en cooperar para satisfacer el interés del titular del derecho subjetivo debiendo observarse entonces una conducta específica, refiriéndose en este caso a la obligación. Aunque se tiende a igualar las expresiones obligación y deber jurídico, sin embargo en la técnica jurídica del Derecho Civil ambos términos son conceptos que poseen un distinto alcance y significado, así mientras el deber jurídico se concibe como la necesidad, conforme a un ordenamiento jurídico dado, de que un determinado comportamiento se adopte o se realice y aparece como aquello que hay que hacer y la razón por la cual hay que hacerlo, la obligación constituye un fenómeno más amplio que determina deberes jurídicos, pero que provoca a su vez la adquisición de derechos. La palabra obligación se ha empleado para expresar el enlace entre derecho y deber, precisando los civilistas, a su vez, en la distinción entre deuda y responsabilidad. Toda obligación comprende por un lado la deuda que indica el deber de realizar una prestación, y por otro, la responsabilidad como sumisión o la sujeción al poder coactivo del acreedor. Normalmente se trataría de un deber específico y especial que compete al sujeto pasivo de la relación jurídica y lo sitúa en la posición de obligado, pero en ciertas ocasiones puede corresponder también al propio titular del derecho, así en contrapartida de ciertas facultades o en interés público -art.389 Código Civil-⁷².

Por otra parte, la doctrina administrativista también es partícipe en la delimitación de las voces deber y obligación cuando se pronuncia acerca de las situaciones jurídicas de los administrados, en concreto al hacer alusión a las situaciones pasivas en la que estos se pueden encontrar inmersos, manifestando que mientras el deber nace directamente de una norma, la obligación nacería en el ámbito de una

⁷² DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12º ed., y (2012): *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo I, 10º ed.; ALBALADEJO, M. (2013): *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, 18º ed. y (2007): *Compendio de Derecho Civil*, 13 ed.; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2005): *Elementos de Derecho Civil. I Parte General*. Vol. Tercero, Dykinson y (2011): *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*. Vol. Primero, Dykinson; DIEZ PICAZO, L. (1993), *op. cit.*, p. 75 y (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2. *Las relaciones obligatorias*, Civitas, 5º ed.

relación jurídica determinada entre la Administración y el administrado⁷³. Autores como GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ ahondan un poco más en esta cuestión estimando que la distinción entre deber y obligación discurre por un camino paralelo a la de potestad y derecho subjetivo, en el que ambas expresiones son dos especies de un género común, precisando que los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos positivos o negativos, se imponen a un sujeto atendiendo a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad, operando en direcciones genéricas y en sentido estricto, la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tiene el poder de exigir del sujeto gravado el cumplimiento del comportamiento previsto, reservándose para estos deberes específicos la denominación de obligaciones⁷⁴.

En el estudio particular de la motivación la mayoría de los autores se decantan, al referirse a la necesidad de motivar las decisiones, por un vocablo neutral: “exigencia”⁷⁵, si bien otros alternan el término deber u obligación, encontramos más partidarios por esta última locución⁷⁶.

Junto a la opiniones doctrinales, son ilustrativos los diferentes pronunciamientos de los correspondientes órganos jurisdiccionales que prefieren adoptar el término deber frente al resto de los comentados; así mientras el Tribunal Constitucional apuesta en la mayoría de las ocasiones que tiene al referirse a la motivación por dicha expresión⁷⁷, el Tribunal Supremo aunque hace uso de ella, la alterna dejando entrever también otras como “obligación” y “exigencia”⁷⁸. Si es conveniente apuntar que éste Tribunal en sus

⁷³GONZALEZ NAVARRO, F. (1997): *Derecho Administrativo español. Vol II*, EUNSA, p. 32; GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 315 ; SANCHEZ MORON, M. (2015), *op. cit.*, p. 451.

⁷⁴GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, Vol.II, pp. 32-33.

⁷⁵BACIGALUPO (2000), LLISSET BORREL, F. et al (2000): *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: comentarios a la ley 30/1992, modificada por la ley 4/1999, y su conexión con el régimen local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados; DOMINGO ZABALLOS (1993): “La motivación de los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, *Revista General de Derecho*, núm. 584; GALLEGO ANABITARTE y MENENDEZ REXACH (2001), GALLARDO CASTILLO (2010), PARADA VAZQUEZ (2013), BERMEJO VERA, J. (2012), GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO (2012), LINDE PANIAGUA, (2012), LOPEZ PELLICER (1993).

⁷⁶Autores como CARRETERO (1993), BOQUERA OLIVER, J. M. (1996): *Derecho administrativo*, Civitas, 10º ed.; ARZOZ SANTISTEBAN (1998), MUÑOZ MACHADO (2015), GARRIDO FALLA (1993-2010), BLANQUER (2010), GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ (2015) prefieren el término obligación frente a otros como COSCULLUELA (2013), ESTEVE PARDO (2015), GAMERO CASADO y FERNANDEZ RAMOS(2015), que optan por el de deber.

⁷⁷ STC 212/2009, FJ3; STC140/2009, FJ 3; STC 37/2009, FJ 1; STC 236/2007, FJ 12; STC 128/1997, FJ 4; STC 66/1995, FJ 4; STC 36/1982, FJ 8; STC 26/1981 17 de Julio R.203/1980 y 216/1980.

⁷⁸ Exigencia: STS 30 Junio 2014 Rec.2821/2013 FJ 2; STS 29 Marzo 2012 Rec.2940/2010 FJ 1.

recientes manifestaciones, junto a otras de ámbito autonómico, optan por el término deber⁷⁹, enmarcándolo en ocasiones con el “deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que impone el artículo 103 de la Constitución Española”, y engarzándolo con “el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión Europea”⁸⁰.

De otra parte y de forma diferente a la labor doctrinal y la jurisprudencial, el legislador estatal no asume ninguno de los términos aludidos en la redacción de los diferentes textos legales que tratan la motivación. Oportunidad que se ha dejado escapar de nuevo tal como se observa de la redacción de la Ley de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y que hubiera clarificado muchas de las cuestiones doctrinales y dudas acerca de la naturaleza jurídica de la figura de la motivación. Hecho que en el ámbito europeo el legislador no le ha pasado desapercibido manifestando cierto interés por ello al apostar en concreto por el término deber al regular la motivación tanto en la Recomendación 15 Enero 2013 apartado 8 como en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa que en su artículo 18 alude al “deber de indicar los motivos de las decisiones”.

A modo de conclusión, podríamos hacer referencia al deber jurídico de motivar cuando su fundamento inmediato se encuentre en la norma, aunque esta no sea clara y explícita recogiendo el término deber, como ocurre en el vigente artículo 54 de la LRJPAC. En cambio, cuando medie una relación jurídica concreta de la que se derive una situación de deber en correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que tiene el poder de exigir del sujeto gravado el cumplimiento de lo previsto, se hablaría de obligación. Se podría así diferenciar un deber de motivar en sentido estricto de la obligación de motivar para el caso concreto. En el primer caso, es el propio poder el garante del efectivo cumplimiento del deber y en el segundo caso, es el sujeto titular del derecho el que exige un cumplimiento cierto y veraz.

Por todo lo anterior la conexión entre teoría jurídica y teoría moral es inevitable, de ahí que no sea posible sostener un determinado concepto de obligación o deber

⁷⁹ STS 26 Marzo 2014 Rec.9/2013 FJ 8; STS 31 Octubre 2012 Rec.5924/2009 FJ 3; STS 9 Junio 2011 Rec.5112/2007 FJ 3; STS 7 Noviembre 2005 Rec. 65/2003 FJ 6; STSJ (Islas Baleares) num.249/1995, 9 de Marzo FJ 3; STSJ (Islas Baleares) núm. 679/1993, 17 de Diciembre FJ 2.

⁸⁰ STS 29 Septiembre 2014 Rec.4045/2011 FJ 3; STS 10 Julio 2014 Rec.3288/2011 FJ 2; STS 30 Enero 2012 Rec. 318/2010 FJ 2; STS 3 Mayo 2011 Rec.145/2010 FJ 2; STS 8 Noviembre 2011 Rec.211/2010 FJ 3; STS 22 febrero 2005 Rec.3055/2001 FJ 4; STS 23 Mayo 2005 Rec.2414/2002 FJ 6.

jurídico sin aceptar al mismo tiempo que los enunciados de obligación jurídica presuponen el deber moral de obedecer al derecho⁸¹.

4.3. El deber jurídico de motivar como corolario del deber de justificación de los actos de los poderes públicos.

A raíz de las potestades funcionales atribuidas a la propia Administración, el deber de justificación de los actos de los poderes públicos, es otro de los posibles deberes que se pueden manifestar, previsto en el artículo 9.3 CE *in fine* cuyo juego posterior dependerá del lugar y forma de legitimación de cada poder público en el seno de un Estado democrático de derecho y que deriva, a su vez, como corolario del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. FERNANDO PABLO se cuestiona si de tal exigencia se puede derivar un deber general de justificación formal y expresa tanto para las sentencias como para los actos administrativos discrecionales. En su particular y enriquecedor estudio que parte de la distinción de la motivación como enunciación y como discurso justificativo que acompaña a una decisión, como ya ha quedado expuesto en líneas anteriores, concluye que del contexto constitucional se deduce, como regla, la motivación del acto administrativo con fundamento en la exigencia de justificación de los actos de ejecución que resulta del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁸².

4.4. El deber jurídico de motivar y su posible correspondencia con un derecho.

Aunque la teoría tradicional reconoce que derecho y deber son términos esencial y necesariamente recíprocos, debemos emplear cierta cautela al analizar la aludida reciprocidad que puede acarrear diferentes interpretaciones, pues no siempre derecho y deber son expresiones verdaderamente correlativas, teniendo cabida la existencia de deberes a los cuales no le corresponderían derechos.

Cuestión distinta es la planteada por SANTI ROMANO acerca de la posible concomitancia de los derechos y deberes. Tales manifestaciones jurídicas subjetivas se corresponden, a veces, en perfecta concomitancia lógica, tratándose de dos figuras que surgen simultáneamente, de modo que hay que excluir que una pueda considerarse simple consecuencia o derivación de la otra. Otras veces el deber sólo se establece en garantía y protección teniendo con relación al derecho un carácter consecuencial y

⁸¹ DELGADO PINTO, J. (1990), *op. cit.*, p. 17.

⁸² FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 147.

subordinado. Y otras un sujeto es titular de un derecho solamente porque otro sujeto tiene un deber correlativo⁸³.

En derecho público la figura del deber desligado de un derecho ajeno es frecuente siendo numerosos los deberes sancionados en protección de intereses totalmente objetivos o que no se encarnan en sujetos distintos de aquellos a quienes tales deberes están impuestos, de manera que su cumplimiento se garantiza para el ejercicio de funciones y de poderes que no asumen la figura de derechos subjetivos.

A veces se da un deber sin que haya un beneficiario de el que tenga la cualidad de persona y pueda considerársele como sujeto de derecho correlativo. En tal caso la consistencia del deber se encuentra en el poder, el poder es garantía de la observancia del deber.

A diferencia de los derechos reconocidos a los ciudadanos en su relación con la Administración, no recoge nuestro legislador ningún precepto que aglutine los deberes que atañe a la propia Administración. No significa esto que se le exima de ellos, al contrario, pues del examen de la ley nos encontramos muestras de deberes de la Administración como el deber de abstenerse y el deber de resolver y notificar en plazo.

En definitiva, en una primera aproximación y en términos generales el deber jurídico de motivar encuentra su razón de ser en el poder que es garantía de la observancia del deber, no siendo oportuno aplicar la ecuación correlativa de deber-derecho, pues no estaríamos ante un deber con un único derecho, sino con varios y diferentes manteniendo una relación de coincidencia o concomitancia: derecho a obtener una resolución fundada, derecho a una buena administración, derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa entre otros. A ellos sería posible aunar el derecho a conocer los motivos de una decisión, el cual carece de un reconocimiento explícito e individualizado por parte del legislador estatal de nuestro país que en cambio sí se ha procedido en ordenamientos de otros países como Noruega, Alemania y Suecia cuya incidencia ha repercutido en beneficio de la motivación y que en la actualidad es emulada por legisladores de ámbito autonómico en la normativa específica de la transparencia administrativa como se refleja en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía y la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

⁸³ SANTI ROMANO (2002), *op. cit.*, p. 59.

5. LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA MOTIVACION

El Tribunal Constitucional en clara referencia a las sentencias judiciales no ha dudado en admitir que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, afirmando que “la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”⁸⁴. Puntualizando a su vez que “la exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional...”⁸⁵.

La dimensión constitucional de la motivación prevalece frente a la regla general conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que se ha denominado legalidad ordinaria, tal como se desprende de manera reiterada y continuada en una serie de declaraciones, al exigirse que exista una adecuada exteriorización de los rasgos fundamentales que llevan a la adopción de la resolución por parte de la Administración. De ahí que la ausencia de la motivación o un cumplimiento defectuoso de la misma permitiría su fiscalización a través del recurso constitucional de amparo, siempre y cuando, como se insiste, se produzca una verdadera indefensión que ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa⁸⁶.

La relevancia constitucional de la motivación queda acotada a los supuestos en que el acto administrativo suponga una limitación o restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales o consista en una sanción, y no en aquellos supuestos, en los que la motivación, su contenido y control sería una cuestión de mera legalidad

⁸⁴ STC 236/2005, 26 Septiembre FJ 3.

⁸⁵ STC 128/2002, 3 Junio FJ 4; STC 35/2002, de 11 Febrero FJ 3.

⁸⁶ STC 26/1999, 8 Marzo; STC 90/1988, 13 Mayo.

ordinaria⁸⁷.

El primer lugar, el Tribunal Constitucional precisa que en supuestos en los que se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que los justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó, aclarando que la motivación “no es solo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”⁸⁸. En estos supuestos específicos que se lesiona un derecho fundamental, la motivación se formula, no ya en términos de una mera enunciación, sino en términos de exigencia de justificación expresa del acto que restringe el derecho fundamental, de ahí que haya que justificarse el contenido y enunciar el criterio de la decisión administrativa. El Tribunal Constitucional ha recalcado que en estos casos la motivación es un riguroso requisito del acto restrictivo de derechos e insiste en la necesidad de motivarlos, como lo demuestra en declaraciones relativas a actos que limitan el ejercicio de las libertades sindicales o deniegan el derecho de reunión, y que trataremos en el apartado dedicado a la motivación de los actos que limitan derechos fundamentales⁸⁹.

Es desde esta óptica, desde la necesidad de motivación de los actos que afectan a derechos fundamentales formulada en términos de exigencia de justificación expresa del acto, respaldada por la doctrina del Tribunal Constitucional, la que le ha servido a FERNANDO PABLO para ofrecernos la noción de motivación como discurso justificativo, expuesta en líneas anteriores⁹⁰.

Por otra parte, las resoluciones sancionadoras son una de las categorías de actos administrativos donde la motivación adquiere una mayor relevancia al entrar en juego ciertos derechos constitucionales que así lo exigen. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional declarando que la motivación es necesaria “para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 de la CE y las propias garantías que este precepto proyecta sobre los procedimientos administrativos

⁸⁷Auto TC 62/2010, 9 Junio FJ 2; STC 212/2009, 26 Noviembre FJ 4; STC 17/2009, 26 Enero FJ 2; STC 236/2007, 7 Noviembre FJ 12; STC 7/1998, 13 Enero; STC 128/1997, 14 Julio; STC 66/1995, 8 Mayo; STC 36/1982, 16 Junio FJ 8.

⁸⁸STC 26/1981, 17 Julio FJ 14; STC 51/1986, 24 Abril FJ 4; STSJ (Aragón) núm. 414/2001, 31 de Marzo FJ 5.

⁸⁹ STC 52/1995, 23 Febrero; STC 8/1992, 16 Enero; STC 26/1981, 17 Julio.

⁹⁰ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 182.

sancionadores”⁹¹. En relación a ello se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías derivadas del art. 24 CE como el derecho a la defensa; el derecho a la asistencia letrada; el derecho a ser informado de la acusación; el derecho a la presunción de inocencia que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración; el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a la utilización de los medios de pruebas adecuados a la defensa.

El roce de la motivación con todas estas garantías aludidas y con los derechos fundamentales conlleva cierto plus de exigencia y rigor en el cumplimiento de los requisitos que encierra la propia motivación, que realzan la relevancia constitucional que se desprende de la misma e impide que pueda equipararse a la que debe acompañar a cualquier acto administrativo. Es por ello, que todas las formalidades requeridas por la jurisprudencia constitucional acerca de la motivación deben ser observadas muy especialmente como verificaremos en capítulos posteriores en el estudio particular tanto de la motivación de los actos que limitan derechos fundamentales como de la motivación de la resolución sancionadora.

Finalmente, es oportuno apuntar que el Tribunal Constitucional, como la jurisdicción ordinaria, también acoge en sus pronunciamientos la motivación como “instrumento que permite discernir entre discrecionalidad y arbitrariedad”⁹².

6. LA DUALIDAD DE LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO FORMAL Y MATERIAL

Con todo lo expuesto hasta ahora, no creemos que ningún sector doctrinal y jurisprudencial ponga en tela de juicio la vinculación natural de la motivación con el acto administrativo que le da consistencia, sí en cambio, suscita mayores dudas su naturaleza, siendo por ello objeto del presente epígrafe la indagación de su esencia.

La cuestión de determinar la naturaleza jurídica de la motivación es una asignatura pendiente por parte de los diferentes operadores jurídicos que con sus aportaciones facilitan la interpretación y aplicación del Derecho y que, a pesar de no haberla apartado de sus investigaciones, no la han tratado con la intensidad que se merece en el sentido de atribuirle finalmente una consecuencia tajante y esclarecedora

⁹¹ STC 7/1998, 13 Enero FJ 7.

⁹² STC 75/1988, 25 Abril FJ 3.

que despejara toda duda acerca si la motivación ha de entenderse como requisito formal o material. La explicación a esa ausencia puede deberse en parte al hecho de la imposibilidad de proceder a una ecuación taxativa en torno a la naturaleza jurídica de la motivación.

6.1. Aportaciones doctrinales.

En líneas anteriores se dejó entrever que para la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia tradicional la motivación constituye un requisito formal del acto administrativo que representa la exigencia de que se expresan las razones que sirven de fundamento a la decisión. De los primeros autores en pronunciarse acerca de la naturaleza de la motivación como requisito del acto administrativo, DE LA VALLINA, PI SUÑER y BOQUERA apuestan por la motivación como elemento formal ⁹³, y otros como CARRETERO PEREZ mantienen que “la obligación de motivar, cuando exista, es un requisito formal del acto administrativo, que impone la exteriorización visible de la voluntad del órgano como elemento de validez del mismo. El motivo es parte integrante de la voluntad administrativa, pero la motivación es externa y se convierte en elemento objetivo y formal”⁹⁴.

A pesar de ello, nos encontramos estudios de otros reconocidos administrativistas que, junto al aspecto formal de la motivación, revelan cierta predisposición por el aspecto material o de fondo como GARCIA-TREVIJANO FOS, BOCANEGRA SIERRA, GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ⁹⁵. Estos últimos, al entender como ya apuntamos en líneas anteriores la motivación como un medio técnico de control de la causa del acto, sostienen que no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo, al ser técnicamente la motivación *interna corporis*, no externa, que hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del mismo⁹⁶.

En la misma línea sobresalen más partidarios del carácter formal de la motivación que comparten la idea que en ocasiones tal exigencia excede su condición de mero formalismo estimando como corroboran GALLEGO ANABITARTE,

⁹³ DE LA VALLINA, J. L. (1967); PI SUÑER, J. M. (1972): *La motivación de los actos administrativos en Estudios en homenaje al Profesor Lopez Rodó*, Madrid; BOQUERA OLIVER, J. M. (1993).

⁹⁴ CARRETERO PEREZ, A. (1969): “Causa, motivo y fin del acto administrativo”, *RAP*, núm. 58, p. 140.

⁹⁵ GARCIA-TREVIJANO FOS (1991); BOCANEGRA SIERRA (2012); GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (2015).

⁹⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 606.

MENENDEZ REXACH y GONZALEZ PEREZ que el papel de la motivación no puede ser explicado en términos de requisito exclusivamente formal, pues ocupa un papel intermedio entre los requisitos de fondo y de forma del acto⁹⁷. Este último autor en sus primeras ediciones a los Comentarios de la Ley consideraba a la motivación exclusivamente como requisito formal, apostando en las sucesivas ediciones por la posible opción de otorgarles un carácter sustancial, de fondo, no solo formal. Siendo en las últimas obras junto a GONZALEZ NAVARRO cuando presentan a la motivación como “elemento esencial y fundante de la decisión” sin el que esta quedaría convertida en nuda expresión de la arbitrariedad⁹⁸.

Puntualiza MUÑOZ MACHADO que la motivación no es solo la expresión externa de los fundamentos de la declaración en que consiste el acto administrativo, sino también es un requisito de fondo del acto ya que, para ser cumplimentado, ha de ser suficiente y explicar correctamente las razones en que se funda la decisión, sin que valga la utilización de fórmulas genéricas y abstractas⁹⁹.

En la misma línea subraya PONCE SOLE que la motivación además de ser una garantía formal, en cuanto exteriorización de razones y criterios que así puedan ser conocidas, “también lo es de fondo, por cuanto tiene influencia sobre la decisión finalmente adoptada, garantizando la ponderación y la coherencia lógica entre la fundamentación procedimental y la resolución final, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de la discrecionalidad”¹⁰⁰.

La motivación, para GARRIDO FALLA y FERNANDEZ PASTRANA, permite conocer el Derecho con el que se pretende legitimar la decisión, recalcando su carácter fundamental que le hace exceder de su condición de mero formalismo¹⁰¹.

Para la autora GALLARDO CASTILLO la motivación pasa de ser un mero requisito formal a convertirse en una garantía de primer orden del ciudadano mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del

⁹⁷ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1135; GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A. (2001), *op. cit.*, p. 200.

⁹⁸ GONZALEZ NAVARRO, F. (1997), *op. cit.*, vol. III. p. 835; GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1527.

⁹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁰ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 518.

¹⁰¹ GARRIDO FALLA, F. y FERNANDEZ PASTRANA, J. M. (2000), *op. cit.*, p. 152.

ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad, proscrita en la actuación de todos los poderes públicos y de la Administración¹⁰².

Si la motivación fuera tan solo una exigencia formal, resalta BLANQUER que la fiscalización se limitaría a la constatación de que la formalidad se ha cumplido, a la verificación de que la misma existe, siendo imposible rasgar ese formalismo con el propósito de examinar su fondo. Sucede que el control de la motivación no se agota con la simple comprobación el cumplimiento de la formalidad sino que se proyecta hasta alcanzar al examen sustantivo del fondo de la justificación aducida¹⁰³.

Consciente que la fórmula de la motivación como expresión o manifestación formal de los motivos ha sido en gran medida acogida por la mayor parte de la doctrina, FERNANDO PABLO, en un concienzudo trabajo, propone la reconsideración de la noción de motivación, con una nueva reformulación del concepto en la medida en que la motivación no puede ser asimilada a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y ser esencial en aquélla el significado, sentido o intención justificativa de toda motivación con relevancia jurídica. Defiende que en determinados casos la motivación se identificara como elemento de fondo del acto resolutorio, no de simple forma del mismo, y no sujeto al régimen invalidatorio de los vicios formales del artículo 63.2 LRJPAC. Por ello, estima que la dogmática de la motivación debe moverse entre dos extremos: uno, considerándola como elemento de forma en el que se da una justificación por referencia a los datos que obren en el procedimiento y dos, como elemento sustancial que forma parte del contenido del acto siendo la motivación en sí misma justificativa¹⁰⁴.

Otros especialistas en la materia, aunque manifiestan lo atractivo de estas nuevas propuestas en el sentido de la importancia que tiene la motivación en la medida que permite a los ciudadanos conocer las razones justificativas que respaldan las decisiones discrecionales que les afectan y el hecho de valorar la conveniencia de impugnación de la resolución, prefieren seguir manteniendo la concepción clásica de la motivación la cual permite diferenciar el elemento puramente formal de la motivación del elemento sustantivo o de fondo, que son los motivos. Para DESDENTADO DAROCA la aceptación de la motivación como elemento sustantivo del acto no permite perfeccionar el control judicial de la actividad administrativa por lo que puede tener efecto

¹⁰² GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010a), *op. cit.*, p. 139.

¹⁰³ BLANQUER, D. (2010a), *op. cit.*, p. 1317.

¹⁰⁴ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 232.

perjudicial para la adecuada resolución de los conflictos que genera el ejercicio de las potestades administrativas manifestando que:

“si la ausencia de motivación cuando va acompañada de inexistencia de justificación en el expediente convierte a la motivación en un elemento sustantivo del acto, en el proceso contencioso administrativo o bien habría que negar la posibilidad de que la Administración aduzca los motivos de la resolución, o bien habría que permitir a ésta defender su acto, pero proceder en todo caso a la anulación del mismo por un vicio de fondo, incluso si en el curso del procedimiento administrativo de impugnación o del proceso se ha evidenciado que era materialmente correcto”¹⁰⁵.

De otro lado y de manera rotunda se avala doctrinalmente la condición sustancial de la motivación sin atribuirle carácter formal sino de fondo con tajantes posturas como la defendida por GARCIA-TREVIJANO FOS al señalar que la simple consideración de la motivación como requisito formal es “un error”. En palabras de este autor, la motivación es “la manifestación externa de la causa, motivo y fin, no en el sentido de que sea un puro elemento formal sino que revela externamente lo que el acto persigue”¹⁰⁶.

El legislador tampoco nos soluciona la duda que surge en torno al carácter que debe atribuirse a la motivación, no aclarando tampoco lo relativo a su ubicación en el articulado, pues parece que considera la motivación como un elemento intermedio entre los de forma y de fondo, admitiendo que pueden formar parte del contenido, del fondo del acto, y no solo de la forma de manifestación y expresión y constancia del mismo. Esta dualidad se debe, según FERNANDO PABLO, a la diversidad de conceptos de motivación con que opera el legislador entendiéndola como simple enunciación formal de los datos justificadores que obran en el expediente y como discurso en sí mismo justificativo incorporada al contenido de la resolución, ambas ya reflejadas. Así no puede negarse que, en ocasiones, la motivación forme parte de la declaración misma, transformándose en un elemento de fondo de determinados actos administrativos, o que resulte exigible que la declaración se acompañe de aquella justificación expresa, constituyendo entonces un requisito de forma sustancial del acto. En tal distinción

¹⁰⁵ DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁶ GARCIA TREVIJANO FOS, J. A. (1991), *op. cit.*, p. 149.

efectuada, el autor mantiene la idea que “si la motivación como requisito de forma es exigible mediante texto expreso, la motivación sustancial viene exigida por principios materiales que obligan a justificar los actos de los poderes públicos como el de legalidad, tutela judicial efectiva, prohibición de la arbitrariedad y exigencia de objetividad”. Prosigue en sus investigaciones que la LRJPAC ha introducido una innovación implícita, al situar la regulación y exigencia de la motivación entre los elementos del contenido del acto y los de su forma, con lo que la motivación se situaría en una posición intermedia entre ambos, pudiendo funcionar en determinadas situaciones como elemento de fondo, o como vicio sustancial de forma¹⁰⁷.

6.2. Aportaciones jurisprudenciales.

En el contexto jurisprudencial, el interés por la exigencia legal de motivar las decisiones administrativas se demuestra desde manifestaciones muy tempranas anteriores a la aprobación de la LRJPAC, en la que se igualaba la motivación a “un requisito formal de los actos administrativos, y que, aun contando con que carecieran de ella por completo, solo sería relevante si se produjera la indefensión de los interesados, la obstaculizara gravemente o impidiera que el acto se llevara a efecto o cumpliera el fin que le es propio”¹⁰⁸.

Esta línea de interpretación es continuada y respaldada mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales una vez aprobada la LRJPAC, que identificaba la motivación como un requisito formal “que obliga a exteriorizar las razones en que se basa el órgano decisor para resolver en un sentido determinado, con la finalidad de que quienes se consideren afectados en sus intereses legítimos por la resolución administrativa puedan hacer valer, frente aquellas razones, los argumentos que entiendan insuficientes para justificar el acto y que por eso deba ser anulado”, además de permitir el control administrativo y jurisdiccional de los actos administrativos en los que la motivación es un valiosísimo elemento para determinar si se ajustan o no a Derecho¹⁰⁹.

No obstante, aunque la jurisprudencia dominante somete la motivación al régimen de los requisitos formales aferrándose al carácter formal de la motivación para fundamentar su fallos, en ocasiones, ante la falta de motivación alegada, como se

¹⁰⁷ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁸ STS 2 Noviembre 1982 RJ 1982/7044; STS 2 Noviembre 1987 RJ 1987/8762 FJ 4; STS 15 Febrero 1991 RJ 1991/1186 FJ 4.

¹⁰⁹ STSJ (La Rioja) num.6/2002, 4 de Enero FJ 5; STSJ (And) 25 Junio 2002 Rec.346/2000 FJ3; STSJ (And) 18 Junio 2002 Rec.45/2000 FJ3; STS 14 Marzo 2000 Rec.3660/1996 FJ 4; STS 29 febrero 2000 Rec.327/1997 FJ 2; STS 13 Febrero 1998 Rec. 11226/1991 FJ 4.

deduce de recientes pronunciamientos que lo avalan¹¹⁰, existen fallos que se apartan de la doctrina general, entendiendo la motivación no como un simple requisito de carácter meramente formal, “sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración y, porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación”¹¹¹.

En otro ámbito jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha establecido la regla de no constreñir a la motivación de manera exclusiva como requisito formal, distinguiendo la forma y el fondo en la motivación del siguiente modo:

“La obligación de motivación constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse del fondo de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo”¹¹².

En ciertas ocasiones se presenta a la motivación como un “elemento de fondo de la decisión” ya que debe contribuir a determinar el contenido y el alcance de la obligación establecida por la decisión¹¹³ y en otras, en atención a la naturaleza especial de un determinado tipo de actos, como “un elemento esencial”, es decir, constitutivo del acto, de tal forma que la ausencia de motivación equivale a la inexistencia del acto¹¹⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por otra parte, también se ha pronunciado al respecto declarando que la motivación no implica una mera exigencia formal, sino una condición de fondo¹¹⁵.

En definitiva, la apuesta de la motivación como requisito formal o material es una cuestión que no ofrece unanimidad doctrinal y jurisprudencial, quizás se deba en parte a las palabras de BERMEJO VERA cuando precisa que “los requisitos de carácter formal en Derecho Administrativo no son sino expresión de otras exigencias sustantivas o del fondo de los asuntos; así como en el procedimiento está en juego la obligación de

¹¹⁰ STS 24 Abril 2013 Rec.5831/2009 FJ 3; STS 31 Enero 2012 Rec.4213/2010 FJ 5; STS 18 Enero 2012 Rec.357/2009 FJ 6; STS 14 Abril 2011 Rec.1/2009 FJ 6.

¹¹¹ SAN 23 Diciembre 2011 Rec.224/2010 FJ 4; STS 30 Enero 2001 Rec. 23/1998 FJ1; STS 14 Diciembre 1999 Rec. 1698/1996 FJ 4; STS 20 Enero 1998 Rec. 569/1994 FJ 4.

¹¹² Sentencia 30 Abril 2009-Comisión c. Italia y Wam.

¹¹³ STJCE 13 Marzo 1985 296 y 3188/82 Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek/Com

¹¹⁴ STJCE 10 Diciembre 1957 1 y 14/57, Usines á Tubes de la Sarre/Alta autoridad, Rec. III, p. 200

¹¹⁵ Sentencias de 29 de Abril de 1988 caso Belilos y 22 de Mayo de 1990, caso Weber).

comprobar los hechos que sirvan de base a la decisión, en el supuesto de la motivación se encuentra la racionalidad de las decisiones de las Administraciones Públicas”¹¹⁶.

Lo que sí es seguro es que esta dualidad tendrá consecuencias en los supuestos de insuficiencia o ausencia de motivación para determinar o no el régimen de los defectos de forma, cuestión que abordaremos en líneas posteriores.

7. TRATAMIENTO LEGAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

7.1. Manifestaciones previas a las leyes codificadoras del procedimiento.

Durante el Antiguo Régimen los actos de los poderes públicos no debían motivarse ni siquiera en las sentencias judiciales se exigía dar explicaciones al considerarse incompatible con el prestigio de la autoridad en el Estado absoluto¹¹⁷. Es a partir de la Revolución francesa cuando comienza a imponerse como una garantía inexcusable la necesidad de motivar los actos jurisdiccionales “en resultandos y considerandos de forma que los fallos aparecen como una particularización racionalizada del mandato general de las Leyes y no como una simple decisión imperativista y voluntarista”¹¹⁸. A pesar que las sentencias se benefician de la implantación del principio de legalidad y rompen con la práctica habitual de no motivación instauradas en el Antiguo Régimen, el tratamiento normativo sobre la exigencia de motivar las manifestaciones del poder administrativo seguía siendo diferente, el cual a raíz del constitucionalismo se fue aplicando de forma paulatina a las Administraciones Públicas.

En esta época, previa a la primera Ley codificadora del procedimiento, se observan verdaderos antecedentes de la motivación de las resoluciones administrativas tanto en el ámbito de la Administración contenciosa como en el de la Administración gubernativa en los que dicha exigencia venía respaldada por su “proximidad a la función jurisdiccional”; así, mientras en la vía de los tribunales del orden administrativo la necesidad de motivar las providencias y resoluciones se mantiene desde su inicio al igual que se estaba imponiendo para la sentencia en los tribunales ordinarios debido a la aludida “proximidad funcional” que mantiene la Administración contenciosa con la

¹¹⁶ BERMEJO VERA, J. (2012), *op. cit.*, p. 239.

¹¹⁷ Ley 7º Título XVII Libro XI de la Novísima Recopilación.

¹¹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 604.

potestad jurisdiccional¹¹⁹, en la vía gubernativa previa a la contenciosa, a través de la cual se acudía al inmediato superior jerárquico del que dictó la providencia o resolución, la exigencia de la motivación también tenía cabida como ha dejado constancia la legislación local de finales del siglo XIX¹²⁰.

Sin menospreciar la atención legislativa recibida hacia la motivación, la falta de rigor hacia ella queda latente en la normativa de la época y ello se debe, como apunta FERNANDO PABLO, a la consideración del procedimiento administrativo como pura actividad de orden interno sin relevancia jurídica *ad extra* que junto a la apelación de principios como el de secreto administrativo, que no permitía al interesado acceder al conocimiento directo de los expedientes, hacían ver como natural la existencia de providencias o resoluciones de la Administración no expresamente fundadas o motivadas¹²¹.

Pese a ello dicho autor deja entrever en su prolífico estudio monográfico sobre la motivación como algunos reglamentos como el Real Decreto 18 febrero 1871 y el Real Decreto 14 septiembre 1872 actúan como notables precedentes de la obligación de motivar; en especial el segundo reglamento, que consciente de la realidad que subyace aún dominada por la idea de procedimiento como actividad interna desmantela los presupuestos arraigados sacando a la luz la relevancia *ad extra* de tal actividad procedimental con especial protagonismo del principio contradictorio garantizando el derecho de audiencia¹²².

En consecuencia, de la normativa vigente de finales de siglo XIX podríamos resaltar no solo el criterio de proximidad a la función jurisdiccional que da lugar a la exigencia de motivación en la Administración contenciosa y en la Administración gubernativa, sino también, como hábilmente destaca FERNANDO PABLO, la transcendencia o grado de limitación del acto sobre la libertad o propiedad del interesado¹²³; criterio este que claramente se observa en supuestos relativos a materia expropiatoria como los contemplados tanto en la Ley de Expropiación Forzosa de 10

¹¹⁹ RD 1 de octubre 1845, el RD 30 diciembre 1846, Ley Orgánica del Consejo de Estado 17 agosto 1860 y Ley 25 septiembre 1863 de Gobierno y Administración de las Provincias. Vid. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 74 y 75.

¹²⁰ Ley Municipal 20 agosto 1870 (art.164), Ley provincial 29 agosto 1882 y Ley provincial 2 octubre 1887 (art.48). Vid FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 76 y 77.

¹²¹ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 78.

¹²² Sobre el desarrollo y las aportaciones de ambas normas reglamentarias vid. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 77-81.

¹²³ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 80.

Enero de 1879 (art.34) como en el Reglamento de 13 de junio de 1789 que la desarrolla (art.53).

7.2. La Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889.

La Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 octubre de 1889, conocida como “Ley Azcárate”, proclama de manera implícita la motivación obligatoria como principio y asienta la idea del procedimiento como garantía y de las normas de procedimiento como normas con eficacia jurídica *ad extra*. Aún en ausencia de texto expreso sobre la motivación de la resolución definitiva, la nueva ley exige la “consignación de las razones que justifiquen la prórroga” en el acuerdo de ampliación de los plazos que indicaba para realizar los trámites e igualmente prevé “orden motivada” del jefe de la dependencia para alterar el orden de despacho de los expedientes.

Pese al silencio expreso de la Ley de ofrecer un precepto concreto, su vigencia permitió que se generaran ciertas actuaciones que ayudaron a consolidar la motivación como exigencia ineludible del acto, destacando tanto normas de carácter reglamentario de ámbito sectorial sobre procedimiento como la labor jurisprudencial acaecida durante la vigencia de tales normas.

Por un lado, el desarrollo de la Ley de 19 de octubre de 1889 trajo consigo la aprobación de un variado elenco de reglamentos de procedimiento que positivaron la exigencia de motivación y que constituyen un claro exponente de la tradición precedente en materia de motivación¹²⁴. De todos los reglamentos dictados en ejecución de dicha Ley fueron significativos, entres otros, la Real Orden fechada el 10 junio de 1913, con gran repercusión en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores, que establecía, haciendo suyo el informe del Consejo de Estado a propósito de un expediente concreto, que “todo acuerdo administrativo debe contener necesariamente la relación de los hechos que lo originan y los fundamentos de Derecho en que se apoye”, prohibiendo el uso de la fórmula “visto” dentro del procedimiento administrativo y

¹²⁴FERNANDO PABLO realiza una labor minuciosa recogiendo las referencias reglamentarias que se pronuncian sobre la motivación: así Reglamento de procedimiento del Ministerio de Fomento 23 abril 1890 (art. 27 y 29), Reglamento de procedimiento del Ministerio de Gracia y Justicia de 17 abril 1890 (art.66), Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Guerra 25 abril 1890 (art.23), Real Decreto de 19 agosto de 1901 (art.7 y 10). Vid. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 82 y ss.

ordenando “que todos los acuerdos administrativos se adopten mediante una resolución fundamentada”¹²⁵.

Igualmente el Reglamento de Procedimiento Administrativo de Gobernación de 31 enero 1947 disponía con carácter general de una forma más o menos clara la obligación de motivar según se desprende del artículo 76, que determinaba que

“las resoluciones, en todo caso, deben contener en párrafos numerados la exposición clara y sucinta de los hechos o resultancias que se desprenden del expediente. A continuación se indicarán las normas legales de aplicación al caso y seguidamente, en párrafos también numerados, las consideraciones que sirvan de base a la resolución que se adopte”¹²⁶.

Por último, otra norma que generaliza la necesaria motivación próxima en el tiempo a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, es el Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Trabajo de 2 de abril de 1954 cuyo artículo 22 declaraba que

“las resoluciones habrán de ser motivadas, y en ellas se harán constar, necesariamente los preceptos legales que les sirvieron de base, consignándose así mismo de manera expresa, si se hubiera emitido algún informe de carácter preceptivo, el cumplimiento del expresado trámite”¹²⁷.

De otro lado, la exigencia de la motivación como regla general se consolida por la jurisprudencia de principios del siglo XX, que, a través de sus dictados, entendía que la misma venía impuesta por un principio implícito en la Ley de 1889 y en sus reglamentos de ejecución sin depender de texto expreso cuya finalidad responde a la “doble idea de no menoscabar los derechos de defensa de los intereses particulares y no privar al tribunal de datos que pueden llegar a ser esenciales para el conocimiento del criterio administrativo y su regularidad jurídica”¹²⁸.

¹²⁵ DE LA VALLINA, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 49. Este autor recogió en su estudio monográfico de la motivación la dudosa aplicación de la Orden de 10 de junio 1913.

¹²⁶ DE LA VALLINA, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 50; FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 86.

¹²⁷ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 86.

¹²⁸ A esta conclusión llega FERNANDO PABLO al analizar una variada jurisprudencia, entre otras: STS 27 Octubre 1913; STS 6 Noviembre 1914; STS 27 abril 1914 que aplica la normativa vigente la Ley de 1889. Vid. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op.cit.*, pp. 86-87.

7.3. La motivación a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

La primera regulación completa del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico es la contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 -LPA-, cuyo objetivo era la unificación de las normas procedimentales existentes para garantizar una actuación homogénea de la Administración. Con su aprobación se produce un giro conceptual acerca de la exigencia de la motivación al asentarse el principio general de la no obligatoriedad de la motivación limitando su exigencia a los supuestos enunciados de forma taxativa en el artículo 43 y en los previstos expresamente en “disposiciones legales”¹²⁹. La restricción del legislador de acotar la motivación de las resoluciones previa existencia de precepto que así lo exigiera, nos conduce a afirmar que sigue sin aparecer con la nueva Ley una declaración expresa que obligue a la motivación de todo acto administrativo, no faltando teorías positivas y negativas que persiguen con cierto afán considerar la motivación como exigencia ineludible o no según el caso¹³⁰.

Dos son los preceptos que vienen a alterar el criterio de la ley anterior que establecía el principio de motivación obligatoria de los actos administrativos: uno, el 43 que obliga la motivación de ciertas decisiones y otro, el 93.2 que desacredita tal exigencia permitiendo su omisión en los demás supuestos. Este cambio tan radical se debe en parte a la influencia del derecho comparado, en concreto a la experiencia francesa que exportaba la conocida expresión “*pas de motivation sans texte*” exigiéndola únicamente cuando algún precepto expreso así lo impusiera y a la experiencia italiana que ampliaba tal exigencia en virtud de lo previsto “por la ley o la naturaleza del acto”¹³¹.

Este nuevo tratamiento que envuelve a la motivación no queda indemne ni para la doctrina ni para la jurisprudencia, que manifestaron su parecer en diversos pronunciamientos. Por un lado, el sector doctrinal deambuló entre críticas y halagos, así, mientras GARRIDO FALLA valoraba como un retroceso el hecho de pensar que una prolija motivación pudiera significar en ocasiones una rémora para la agilidad y rapidez

¹²⁹ Diferentes leyes sectoriales imponían a la Administración el cumplimiento de motivar sus resoluciones, así las que denegaban licencias urbanísticas (art.179.2 Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976), las resoluciones de los Jurados de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio de las expropiaciones (art.35.1 Ley de expropiación Forzosa), las resoluciones que prohibían por la autoridad gubernativa reuniones o manifestaciones ante grave riesgo de alteraciones de orden público (art.10 Ley Orgánica 9/83 del Derecho de Reunión), etc.

¹³⁰ Vid. DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967), *op. cit.*, pp. 43-47.

¹³¹ Vid. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 89-112. Desarrolla de forma pormenorizada la conexión y ruptura con experiencias iuscomparadas.

que se estima ha de tener la futura Administración Española¹³², otros, en cambio, como DE LA VALLINA manifestaron que se trataba de una regulación realista del problema excluyendo de la motivación aquellos supuestos en los cuales la misma no tiene mayor transcendencia o puede incluso dañar a los interesados o a la propia Administración¹³³.

De un análisis exhaustivo de la LPA se reparó en el carácter excepcional de la motivación que trajo consigo su propia desvalorización al entenderla como un simple requisito de forma y con relación a cualquiera de los supuestos en los que la motivación se imponía, oscureciendo por ello, como observó FERNANDO PABLO, la larga elaboración jurisprudencial sobre la motivación al no advertir otras posibles funciones de la motivación¹³⁴.

Pese a ello y conscientes de la exigencia de la motivación por excepción, no se dudó en engrandecerla al atribuirle el carácter de “regla general” ante la amplitud de los supuestos de motivación obligatoria¹³⁵ y al divulgar que “todo acto administrativo debe ser motivado o fundado por así determinarlo con carácter general el artículo 43.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo” que hacía referencia a aquellos actos que limitaban derechos subjetivos¹³⁶.

Por otra parte, la jurisprudencia agrupó en sus dictados las consecuencias de este viraje inesperado de la exigencia de motivar los actos administrativos que se produjo sin titubeos, siendo significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1964 en la que se afirmaba que: “ningún precepto legal obliga a la Administración a pronunciarse siempre con previa exposición razonada de sus resoluciones, fundamentos de hecho y de derecho que solo está obligada a exponer a tenor del artículo 43 de la LPA de 17 de julio de 1958”.

7.4. La motivación en el contexto de la Ley 30/1992.

Más de un cuarto de siglo se dejó pasar para ahondar de nuevo en cuestiones procedimentales necesitadas de reformas pese al advenimiento de importantes acontecimientos, como fue, entre otros, la promulgación de un nuevo texto constitucional, que finalmente se materializaron con la aprobación de la Ley 30/1992.

¹³² GARRIDO FALLA, F. (1964), *op. cit.*, p. 499.

¹³³ DE LA VALLINA, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 55.

¹³⁴ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 115.

¹³⁵ GONZALEZ PEREZ, J. (1964): *El procedimiento administrativo*, Abella, p. 496.

¹³⁶ Interpretación no compartida por DOMINGO ZABALLOS que en referencia a BOQUERA OLIVER considera que no se ajusta ni al tenor literal del precepto, ni a su sentido ni a su relación con el resto del articulado de la Ley cfr. DOMINGO ZABALLOS, M. J. (1993), *op. cit.*, p. 4320.

La Constitución Española de 1978 alumbra un nuevo concepto de Administración con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular, y consagra el carácter instrumental de la Administración que sirve con objetividad los intereses generales con la responsabilidad política del Gobierno que la dirige. En este sentido, la recién estrenada ley de finales del siglo pasado supuso un hito clave en esta evolución del Derecho administrativo acorde al nuevo marco constitucional pero no aportó cambio significativo alguno ni sustancial en lo concerniente a la motivación limitándose en su artículo 54 a plasmar una serie de supuestos en los que es obligatorio para la Administración motivar sus decisiones, sin especificar en ningún apartado de dicho precepto ni habilitando otro, en qué consiste verdaderamente la tarea de motivar. Cuestión distinta, claro está, es lo que se ha interpretado de ella por parte de autores que en líneas posteriores trataremos.

La llegada de la LRJPAC mantuvo intacto determinados aspectos de la motivación tanto lo relativo al modo de proceder, al persistir tanto la “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” como el hecho de mantener la misma estructura del acto, al tratarlo desde una perspectiva subjetiva, objetiva y formal. Su incorporación en el ordenamiento jurídico administrativo supuso algunas mejoras en el tema que nos ocupa resaltando el significativo hecho de no aparecer precepto con igual redacción al contenido en el artículo 93.2 de la LPA, que minusvaloraba la propia motivación. La nueva redacción del artículo 89.3 de la LRJPAC exige que “las resoluciones contendrán la decisión que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54”, integrando así la motivación en el contenido de la resolución y desapareciendo del propio precepto el adverbio “solamente”, supresión que “no obedece a un olvido del legislador sino a una consciente rectificación de la desafortunadas prescripciones de la Ley de Procedimiento Administrativo”¹³⁷.

La segunda mejora viene dada por el considerable aumento de los supuestos en que es exigida la motivación, completada aun más con la reforma producida por la Ley 4/1999. La nómina de los actos necesitados de motivación se ha visto dilatada por la desaparición de la prohibición de motivar un gran número de actos y ante tal realidad se puede afirmar que la exigencia de motivación es de tal amplitud que, sin constituir la regla general, no es exagerado decir que estamos muy próximos a ella, como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo que se desglosarán los diferentes supuestos.

¹³⁷ DOMINGO ZABALLOS, M. J. (1993), *op. cit.*, p. 4322; GARRIDO FALLA, F. y FERNANDEZ PASTRANA, J. M. (2000), *op. cit.*, p. 154.

Durante la vigencia de esta ley, el legislador sectorial tampoco ha manifestado interés alguno en ofrecer un concepto claro y preciso de la motivación, solo de manera esporádica breves alusiones al deber de motivar las resoluciones, tal como queda reflejado en el sector de la contratación administrativa, entre otros¹³⁸.

7.5. La motivación en el Derecho autonómico.

A raíz de la Ley 30/1992, las diferentes leyes autonómicas dictadas a su amparo reguladoras del régimen jurídico de las correspondientes Administraciones Públicas han optado, en lo concerniente a consolidar una propuesta conceptual de la motivación, por la misma preferencia del legislador estatal: omitir una definición clara y expresa de la misma. Decisión ésta que aunque ha sido adoptada de forma unánime, es presentada a su vez de forma desigual según se desprende de un estudio comparativo de los diferentes ordenamientos autonómicos.

La legislación administrativa de varias Comunidades Autónomas como Cantabria, Madrid, Castilla y León, Extremadura, Asturias y la Región de Murcia dejan entrever en su articulado la cómoda remisión que efectúan en lo relativo al régimen jurídico de los actos administrativos de la respectiva administración autonómica a lo establecido en la legislación básica estatal del procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de su propia regulación¹³⁹.

Por otro lado, una serie de normas que regulan el ámbito organizativo y procedimental de diferentes Comunidades Autónomas como la Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la Ley 3/2003, de 26 de Marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el Decreto 48/2009, 28 Abril, por la que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa, el Decreto Legislativo 2/2001, 3 Julio, del Gobierno de Aragón por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley 4/2005, 1 de Junio, Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Comunidad Autónoma de la Rioja aluden, sin proceder a la

¹³⁸ Art.151.4 Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 Noviembre TR Ley Contratos del Sector Público.

¹³⁹ Ley 2/1995, 13 marzo de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, Ley 6/2002, 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, Ley 1/2002, 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Ley 7/2004, 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

técnica de remisión a la ley estatal en lo relativo al procedimiento administrativo, al principio de transparencia que debe regir en la actuación administrativa en sus relaciones con los ciudadanos del cual podemos hacer una interpretación extensiva para deducir del mencionado principio la exigencia de la motivación como trataremos en el siguiente capítulo.

Ahondando en este principio de transparencia se ha aprobado muchas y variadas leyes que lo han monopolizado acentuando la importancia de la motivación como herramienta para conseguir los propósitos del aludido principio, así, por un lado, la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura al implantar una nueva forma de relación del Gobierno y la Administración pública con la ciudadanía basada en la transparencia y orientada al establecimiento del llamado gobierno abierto, garantizando de forma efectiva, la plena transparencia de la toma de decisiones y de la propia actividad de la Administración regional, así como de los organismos y entidades que la integran y, por otro, la Ley Foral 11/2012, 21 de junio, de la Transparencia y del Buen Gobierno de Navarra, al señalar que la Administración ha de introducir la transparencia en todas las actividades que gestiona y en su propia organización, de forma que los ciudadanos puedan conocer sus decisiones, cómo se adoptan las mismas, cómo se organizan los servicios y quiénes son las personas responsables de sus actuaciones.

De forma novedosa, algunas Comunidades como Cataluña, mediante Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña (art.22.c) y Navarra con la Ley Foral 15/2004, 3 diciembre, Administración Comunidad Foral de Navarra (art.7.c) aprovechan el formato de la legislación relativa al régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas para presentar a la motivación desde la óptica de los derechos del ciudadano, como recoge también el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos formando parte así del contenido del derecho a una buena administración, “el derecho a que las decisiones estén motivadas”¹⁴⁰.

En idéntico sentido, leyes específicas, como la Ley 2/2010, de 11 marzo, de Derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública, conecta la motivación desde la perspectiva de

¹⁴⁰ Vid. PONCE SOLE, J. (2012): “El derecho a una buena administración: derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública” en TORNOS MAS, J. (2012): *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, p. 225.

los derechos al enumerar como uno de los derechos procedimentales que presiden los principios de actuación administrativa, “el derecho a una resolución expresa y motivada”.

Es significativo apuntar que en las recientes aprobaciones legislativas relativas a la transparencia, la motivación es exhibida desde la perspectiva de los derechos como claramente lo demuestran tanto la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía como la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de Murcia. Mientras la primera desglosa una serie de derechos en el que resalta “el derecho a obtener una resolución motivada” el cual consiste, según se desprende del tenor de la ley “en el derecho de la persona solicitante a que sean motivadas las resoluciones que inadmitan a trámite la solicitud de acceso, que denieguen el acceso, que concedan el acceso tanto parcial como a través de una modalidad distinta a la solicitada, así como las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de una tercera persona interesada” -art.7.c)-, la segunda ley anotada enumera como derecho el relativo “a conocer, mediante resolución motivada, los motivos de inadmisión o denegación de sus solicitudes de acceso, o del acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada”- art.4.1.e)-.

Finalmente y a modo de síntesis, es de reseñar que mientras en el ámbito estatal la mención a la motivación es escueta y simple atribuyéndole el cumplimiento de su exigencia a la propia Administración sin indagar si estamos ante un deber u obligación; en el ámbito autonómico las Comunidades han optado, en un primer momento por emular al legislador estatal en las respectivas legislaciones de régimen jurídico de la administración y del procedimiento administrativo común, y posteriormente, por ofrecer, en las recientes aprobaciones un perfil más específico alusivo tanto a la transparencia administrativa como a los derechos de los ciudadanos, con un claro partidismo e interés por presentarla y ubicarla como un derecho que ostenta el ciudadano frente a la Administración a obtener una resolución fundada y razonada.

7.6. La motivación en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: ¿otra oportunidad fallida?

En la última década se han ido aprobando una serie de normas que de una manera u otra tienen incidencia en la materia relativa al procedimiento administrativo, entre las que cabe citar la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos -LAE-, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre

libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno -LTBG- y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Todas ellas recrean un escenario legislativo que adolece de cierta dispersión normativa y superposición de distintos regímenes jurídicos no siempre coherentes entre sí y que junto a la necesaria reforma integral y estructural propuesta desde diferentes instancias que permita ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las Administraciones tanto externa como internamente, hacen que resulte decisivo contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, que clarifique e integre el contenido de la actual Ley que lo regula, la Ley 30/92, con las novedades aportadas por la Ley 11/2007, de 22 de junio, profundizando en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico, y que finalmente revierta en un mejor cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y seguridad jurídica que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, tal y como dispone el texto constitucional.

Este es el sentido de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPAC- que reúne en un cuerpo legislativo único la regulación de las relaciones *ad extra* de las Administraciones con los ciudadanos como ley administrativa de referencia y que actuará como uno de los pilares sobre los que se asentará el Derecho Administrativo español, junto a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁴¹.

El título III de la Ley referente a los actos administrativos mantiene en su mayor parte lo prescrito por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con una estructura muy similar dividida en tres capítulos relativos a sus requisitos, su eficacia y las reglas sobre nulidad y anulabilidad. Uno de los requisitos contemplados es la motivación, la cual se sigue exponiendo en un artículo central, el 35 en esta nueva disposición, que enumera de forma taxativa los supuestos exigidos de la misma precedido de una alusión concisa y breve para su modo de proceder. De forma novedosa, esta enumeración es ampliada al incluirse supuestos en los que la exigencia de la motivación recobra fuerza

¹⁴¹ La Ley 39/2015 se ha publicado en el BOE núm. 236, de 2 de octubre 2015 y entrará en vigor al año de su publicación.

disminuyendo la brecha existente entre un principio de obligatoriedad o no de la motivación, y de los cuales tendremos ocasión de tratar en el capítulo pertinente.

De igual manera que en la legislación vigente, la nueva Ley atiende a la motivación en otros artículos ubicados en título diferente al comentado, como el Título IV relativo a las disposiciones del procedimiento administrativo común, al regular la resolución como medio de finalización del procedimiento. Aún así, es llamativo cómo el legislador ha querido articular en el nuevo texto la resolución, no solo recogiendo el contenido de la misma sino también regulando la propuesta de resolución en los procedimientos de carácter sancionador e integrando los procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial como especialidades del procedimiento administrativo común, que la Ley 30/1992 regula en títulos separados.

La motivación no pierde protagonismo con este nuevo planteamiento. Por un lado y con respecto al contenido de la resolución, la redacción del precepto es semejante al actual artículo 89 que con alguna que otra observación más que lo diferencia, respeta lo relativo a la integración de la motivación en el propio texto del acto administrativo y la posibilidad de la motivación por referencia a informes o dictámenes. Por otro, la innovadora regulación de la propuesta de resolución en los procedimientos de carácter sancionador no se olvida de dicha exigencia requiriéndose la fijación de forma motivada de los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica.

En definitiva, atendiendo a estas modificaciones que arrastra la LPAC en torno a la motivación y alabando las nuevas aportaciones que la realzan, entre ellas la ampliación de nuevos supuestos exigidos de la misma, su figura se sigue sustentando prácticamente con los mismos indicadores de la legislación que se pretende dejar atrás, obviando el legislador otra oportunidad de mejorar su regulación con más precisión abordando cuestiones tan importantes y significativas como las relativas a una adecuada delimitación conceptual, a una urgente determinación de su naturaleza jurídica, una conveniente enumeración de los requisitos y un preciso y conciso alcance que junto a la exposición detallada de las consecuencias de su incumplimiento despejarían la mayor parte de las dudas actuales que de un modo u otro inquietan los respectivos estudios y pronunciamientos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Si esta Ley culminara con su entrada en vigor de forma definitiva al año de su publicación como se expresa en la disposición final séptima sin avatar alguno, se eludiría de nuevo el compromiso de establecer de forma expresa y positivizada la exigencia de la motivación, ya sea como deber, ya sea como obligación, que recae sobre la Administración.

8. LA MOTIVACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

8.1. El déficit de una norma general procedimental en el Derecho Administrativo Europeo.

En el contexto europeo, la ejecución del Derecho y de las Políticas europeas se reparte entre los Estados miembros -ejecución indirecta- y la propia Unión Europea -ejecución directa-. Tal distribución de competencias no se ha efectuado siempre de forma ecuaníme y proporcionada al observarse, en un principio, como regla general, la ejecución del Derecho europeo por las autoridades nacionales, guiada por el principio de autonomía organizativa y procedimental, siendo posteriormente relegada por una “europeización ejecutiva” debido al aumento de las competencias de las Comunidades propiciada por el Acta Única Europea y del interés por salvaguardar una aplicación eficaz y uniforme del Derecho europeo. En la actualidad, si bien se aprecia un incremento de los sectores en que la aplicación del Derecho europeo se ejecuta de forma directa, de forma paralela late el desarrollo de fórmulas complejas de organización de la función ejecutiva dominadas por modelos mixtos con interacciones cada vez más complejas de carácter vertical y horizontal que reflejan la presencia de una Administración integrada¹⁴².

Para la ejecución directa, la Unión Europea ha ido creando una estructura orgánica propia, la Administración europea, integrada por las Instituciones, órganos, organismos y Agencias, destacando el papel de la Comisión como institución responsable de la ejecución de las normas europeas¹⁴³. La consolidación de una Administración europea se ha fortalecido, por un lado, con la acción del Tribunal de Justicia, la intervención del legislador, limitada por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y la práctica administrativa y por otro, con la contribución reciente del Tratado de Lisboa que la ha constitucionalizado de forma explícita, haciéndola visible y separándola más claramente del resto de poderes de la Unión, como se constata

¹⁴² MORENO MOLINA, A. M. (1998): *La ejecución administrativa del derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid; GALERA RODRIGO, S. (1998): *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid; GIL IBÁÑEZ, A. (1998): *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP; FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2011): “Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea”, *REDA*, núm.149, pp. 55-89.

¹⁴³ FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2007): *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Civitas, Madrid y (2015): *Derecho Administrativo europeo*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2º ed. Navarra, pp. 119-259.

del artículo 298 del Tratado de Funcionamiento Unión Europea -TFUE-¹⁴⁴. Dicha Administración se nutre de un derecho propio, no codificado, el Derecho administrativo europeo, reconocido de forma paulatina por la doctrina jurídica y entendido como rama relativamente reciente del Derecho que comprende, en sentido estricto, el Derecho administrativo para la Unión Europea y, en un sentido amplio, la aproximación entre las legislaciones administrativas de los Estados miembros y la de la Unión Europea¹⁴⁵.

El Derecho administrativo a escala europea se conformó y desarrolló en una primera fase por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base de principios generales de Derecho no escritos comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros¹⁴⁶, mientras que en una segunda fase, este nuevo Derecho europeo se reflejó a su vez en el Derecho nacional, influyéndolo y modificándolo, y generando, a su vez, un sistema de interacciones entre el Derecho administrativo nacional y el europeo. También el Derecho derivado escrito, que ha crecido en las últimas décadas en una multitud de ámbitos, ha dado forma al Derecho administrativo europeo.

Pese a la existencia de un Derecho administrativo europeo que cada vez se hace más compacto, la Unión carece de un marco jurídico general para su propia Administración como se desprende del ordenamiento jurídico tanto con la ausencia de una formulación teórica del régimen jurídico del acto administrativo europeo como con la falta de una norma general reguladora del procedimiento administrativo que se aplique de manera uniforme a toda la actividad que la Administración europea lleva a cabo. Una sistematización teórica de ambas instituciones jurídicas, el acto y el procedimiento, nos servirían de apoyo sustancial para el conocimiento del tratamiento de la motivación en el contexto europeo de forma unitaria, pero la exigua y dispersa normativa no asiste a tal propósito; si bien de la aproximación a la dogmática elaborada del acto administrativo europeo, a pesar de ser fragmentaria tal como se observa en el

¹⁴⁴ El art. 298 del TFUE dispone que “*en el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una Administración europea abierta, eficaz e independiente*”.

¹⁴⁵ FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2015), *op. cit.* pp. 35-40; VON BOGDANDY, A. y MIR PUIGPELAT, O. (Coords)(2013): *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch; SCHWARZE, J. (2012): “El Derecho Administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares” en FUERTES, M.(Coord.)(2012): *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, pp. 25-49; NIETO, E. (2012): “Disposiciones pertinentes del Tratado de Lisboa sobre Derecho Administrativo europeo” en FUERTES, M. (Coord.)(2012), *op. cit.* pp. 53-96; GIL IBÁÑEZ, J. L. (1996): “El Derecho Comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 142.

¹⁴⁶ El Derecho administrativo europeo se ha creado, según palabras de Weber, “en esencia, como Derecho pretoriano, por medio de la indagación y el análisis comparado de los principios generales del Derecho de los Estados miembros”. Vid. WEBER, A. (1993): “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario” en BARNES VAZQUEZ, J. (coord.)(1993), *op. cit.*, p. 62.

Derecho positivo y en la construcción jurisprudencial de los Tribunales, se permite establecer elementos inherentes del acto administrativo para garantizar los derechos e intereses de los sujetos del Derecho europeo en sus relaciones con la Administración europea con especial insistencia en la motivación¹⁴⁷. Por otra parte, y recordando la teoría sistémica que presenta la motivación desde una perspectiva global y en un sentido amplio como pauta general del procedimiento, el tratamiento integral y uniforme del fenómeno procedimental europeo nos ayudaría a delimitar aspectos fundamentales y el alcance de la misma convirtiéndose en una necesidad imperiosa de significativa importancia¹⁴⁸.

En virtud de todo ello, ante el déficit de una norma general reguladora del procedimiento administrativo en el ámbito europeo, en la línea de la teoría sistémica y por la especial conexión que demuestra la motivación con la actividad generada por la Comisión o, en su caso, por las agencias europeas, en concreto, con la actividad propiamente administrativa en aplicación directa del Derecho de la Unión, descenderemos tanto al Derecho positivo, originario y derivado, como a la práctica jurisprudencial para rastrear la regulación de la exigencia de la motivación de las decisiones de carácter particular como garantía procedimental y así verificar si dicha exigencia se demanda como regla general para todos los supuestos o para algunos de forma particular en el Derecho administrativo europeo .

¹⁴⁷ Sobre el acto administrativo resultan fundamentales las obras de ARZOZ SANTISTEBAN, X. (1999): *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati; (2010) “El acto administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2º semestre, pp. 71-97, y (2012): “Acto y procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea: un catálogo de problemas” en SORIANO GARCIA, J. E. (Dir.): *Procedimiento Administrativo Europeo*, Civitas; DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2000): “Acto administrativo comunitario” en PAREJO, L., DE LA QUADRA SALCEDO, T. y MORENO, A. M.: *Manual de Derecho Administrativo comunitario*, Centro de estudios Ramón Areces, pp. 193-226; FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2015), *op. cit.*, pp. 315-335.

¹⁴⁸ De forma paulatina crece el interés doctrinal por el procedimiento administrativo europeo BARNES VAZQUEZ, J. (1993); MARTIN DELGADO, I. (2010): “El Procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* (REDUE), núm.19, pp. 99-142; MARTIN DELGADO, I. (2010): “Hacia una norma europea de procedimiento administrativo”, en NIETO GARRIDO, E. y MARTIN DELGADO, I. (2010): *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons; SORIANO GARCIA, J. E. (2012); BALLESTEROS MOFFA, L. A. (2012): “Las dimensiones aplicativas del procedimiento administrativo europeo” en FUERTES, M. (Coord.) (2012), *op. cit.*, pp. 189-235 y “El Procedimiento administrativo europeo. La contribución de la justicia europea a la institución” en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*. Vol. II. *Liber amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas, pp. 3083-3111; VIÑUALES FERREIRO, S. (2015): *El procedimiento administrativo de la Administración europea: de la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, Aranzadi.

8.1.1. El deber de la Administración europea de motivar sus decisiones individuales como imperativo del Derecho originario.

A) El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el Tratado de Lisboa¹⁴⁹.

El Derecho Comunitario originario establece como regla general la obligación de las instituciones a motivar las medidas que adopten, ya se traten de directivas, reglamentos o decisiones. Los Tratados fundacionales recogieron junto a algunos principios jurídicos relevantes para el Derecho administrativo, otros específicos del procedimiento administrativo, como la obligación de motivar las decisiones, reflejada en el artículo 253 del Tratado de la Comunidad Europea -TCE- y que ha mantenido el Tratado de Lisboa en el artículo 296 del TFUE, cuyo tenor literal dispone que:

“Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los tratados”.

La nueva redacción presenta diferencias apreciables con su antecesora, entre otras el antiguo artículo 253 identificaba las medidas que tenían que ser motivadas, así reglamentos, directivas o decisiones, mientras que el actual artículo 296 no las identifica nominativamente refiriéndose a ellas de manera general utilizando la expresión “actos jurídicos”¹⁵⁰. La complejidad del sistema normativo del Derecho de la Unión Europea que resulta de la reforma de Lisboa ha sido probablemente lo que ha llevado al legislador a emplear el término genérico de “actos jurídicos”.

El ámbito de aplicación subjetivo difiere también en ambos artículos, mientras el primero de ellos, el 253 TCE, obligaba al Parlamento Europeo, al Consejo y a la

¹⁴⁹ Tras el fracaso de ratificación unánime del Tratado Constitucional Europeo, se aprueba el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a denominarse éste último Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El nuevo Tratado fue firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009 tras su ratificación por los veintisiete Estados miembros. Sobre el Tratado de Lisboa puede consultarse: NIETO GARRIDO, E. y MARTIN DELGADO, I. (2010): *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons; FERNANDEZ LIESA, C. y DIAZ BARRADO, C. (2009): *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson; MATIA PORTILLA, F. J. y BALAGUER CALLEJON, F. (2009): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares; MARTIN y PEREZ DE NANCLARES, J. (coord.) (2008): *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel

¹⁵⁰ Vid. MORENO MOLINA, A. M. (2010): *El régimen jurídico de los productos químicos en la Unión Europea*, Iustel, p. 267

Comisión, el artículo vigente en el TFUE lo amplía a las agencias y organismos de la Unión¹⁵¹.

El alcance del artículo 296 TFUE extiende la motivación de los actos a todos los actos jurídicos dictados en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, ya sean de carácter legislativo, ejecutivo o administrativo, lo que incluye tanto los actos administrativos con efectos jurídicos frente a terceros y las normas adoptados por la Administración europea, no solo las instituciones, sino también las agencias y organismos de la Unión.

B) El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: la obligación de motivar como una de las manifestaciones del derecho a una buena administración¹⁵².

El desamparo en el entorno comunitario de una adecuada normativa procedimental se ha visto paliado con la aprobación del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que formula el derecho a la buena administración y al que se considera como la primera microcodificación vinculante del procedimiento administrativo a escala de la Unión Europea y el punto de partida de una codificación más amplia¹⁵³.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se declara el carácter vinculante de la Carta generando la constitucionalización de los derechos fundamentales. Pese a que en sus distintos apartados se limita a retomar derechos ya reconocidos en disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea o resultantes de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, destaca con gran interés a los efectos de este estudio, la proclamación del derecho a una buena administración por constituir una novedad

¹⁵¹ Vid acerca del artículo 296 TFUE en CRAIG, P. (2012): *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2º ed, pp. 341 y ss.

¹⁵² Durante la celebración del Consejo Europeo que tuvo lugar en Niza el 7 de diciembre de 2000, el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión proclamaron solemnemente la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Un análisis más detallado del texto referente a su naturaleza, contenido, ámbito de aplicación y demás aspectos de interés. Vid. MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PEREZ, J. L. (2012): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, pp. 1125-1142; LINDE PANIAGUA, E. (2012c), *op. cit.*, pp. 243-252; MANGAS MARTIN, A. (2008): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA; ALONSO GARCIA, R., SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. (2006): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Civitas; CARRILLO SALCEDO, J. A. (2004): "La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, pp. 1719-1721; RUIZ MIGUEL, C. (2004): *Estudios sobre la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, FERNANDEZ TOMAS, A. (2001): *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch.

¹⁵³ MARTIN DELGADO, I. (2010), *op. cit.*, p. 179.

absoluta respecto de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, siendo el único de los derechos de ciudadanía que aparece configurado en la Carta como un auténtico derecho fundamental¹⁵⁴.

La virtualidad del artículo 41 consiste en aglutinar una serie de derechos en torno al concepto de buena administración en los que no gozan todos de la misma naturaleza jurídica diferenciándose un principio de carácter general, como es el derecho de los particulares a que sus asuntos sean tratados, imparcial y equitativamente, y unos derechos de carácter procedimental que cobran sentido en el marco de un procedimiento administrativo como el derecho a que los asuntos sean tratados en un plazo razonable, el derecho de audiencia, el derecho de acceso al expediente, el deber de la Administración y correlativo derecho de los particulares de que las decisiones administrativas estén motivadas y el derecho a la reparación de los daños causados por las instituciones de la Unión Europea o sus agentes.

La obligación que incumbe a las instituciones de la Unión de motivar sus decisiones se presenta como un “*subderecho*”, junto al derecho de audiencia y al derecho de acceso al expediente personal, que forma parte del derecho que tienen todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión a tratar sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable y que permite a los administrados conocer con claridad y precisión las razones que llevaron a la institución a adoptar el acto, así como la base jurídica sobre la que se fundaron para hacerlo¹⁵⁵.

El hecho de que el alcance de esta obligación regulada en el apartado c) del artículo 41.2 de la Carta, limitada por parte de los redactores de la Carta a las decisiones administrativas, difiera de la previsión efectuada en el TFUE, generalizada a los actos jurídicos, no incomoda ni bloquea la operatividad de la motivación pues la exigencia de la misma, presentada como un derecho de carácter procedimental en la medida en que se realiza y debe ser garantizadas en el marco de un procedimiento administrativo, es inexcusable, encontrando su máxima expresión en la aplicación directa del Derecho de la Unión Europea por la Administración europea¹⁵⁶.

¹⁵⁴ TOMAS MALLÉN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP.

¹⁵⁵ La alusión a los derechos que integran el art. 41 de la Carta como subderechos se observe en TOMÁS MALLÉN, B. (2014).

¹⁵⁶ Una cuestión que subyace es determinar si las diferentes manifestaciones del derecho a una buena administración que constituyen derechos de ámbito interno de la Unión se extienden a las autoridades nacionales cuando apliquen Derecho de la Unión Europea. Sobre ello en relación a los derechos y garantías del artículo 41.1 de la Carta se pronuncia VIÑUELAS FERREIRA dejando abierta la puerta a una futura armonización de las normas procedimentales de los Estados miembros en aplicación del Derecho europeo. Vid. VIÑUALES FERREIRO, S. (2015), *op. cit.*, pp. 139-147.

La referencia a la motivación en la Carta es absoluta, a diferencia de lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, pues mientras en la Carta la motivación se exige para todos los supuestos sin limitación alguna, la obligación de motivar en nuestro Derecho español está vinculada a la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 54 de la LRJPAC, que tendremos ocasión de tratar en el capítulo IV de este estudio de investigación.

8.1.2. La motivación como exigencia constatada en el Derecho derivado sectorial.

El paulatino incremento de los sectores en los que la aplicación del Derecho se confía a la Administración europea, unido a las necesidades de ejecución homogénea y eficaz del Derecho europeo, bastarían como pretexto para establecer de forma definitiva una norma general en el Derecho derivado aplicable a los distintos ámbitos materiales. Su vacío ha provocado el desarrollo a través del Derecho derivado de numerosas regulaciones sectoriales aplicables a los diferentes ámbitos de actuación, en el que destacan normas reglamentarias que no desatienden aspectos procedimentales fundamentales y determinantes para la garantía de los particulares como lo es la motivación.

Del análisis comparativo de una amplia gama de procedimientos, llama la atención la ausencia de mención expresa de la motivación y una regulación más detallada de la misma que, aunque puede traer causa de su base legal expuesta en los Tratados e incluida en la Carta, impide afianzar su alcance y contenido de forma uniforme¹⁵⁷.

La política europea de la Competencia constituye unos de los escasos supuestos en que los Tratados contienen previsiones específicas que atribuyen competencias ejecutivas a las Instituciones, en especial a la Comisión, entendiéndose como el caso más paradigmático de ejecución directa y de administración centralizada donde se encuentra mayor densidad normativa y donde se llevan a cabo un mayor número de procedimientos dirigidos a la defensa de la competencia¹⁵⁸, al control de

¹⁵⁷ VIÑUELAS FERREIRO, S. (2015), *op. cit.*, pp. 187-288. La autora realiza un pormenorizado análisis de diferentes procedimientos administrativos en el Derecho europeo sectorial.

¹⁵⁸ Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencias previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Como complemento a este Reglamento se dictó un paquete de modernización compuesto por Reglamento (CE) núm. 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 y seis Comunicaciones.

concentraciones¹⁵⁹ y al examen y control de las ayudas otorgadas por los Estados¹⁶⁰.

Las escasas referencias a la motivación en tales específicos procedimientos, no obsta a que la labor jurisprudencial en esta materia refuerce su papel exigiendo una motivación normal y razonable que demuestre suficientemente, pero no extensivamente, que la decisión que se adoptó es la correcta, variando en función de las circunstancias del caso y de la naturaleza del acto administrativo como comprobaremos en el siguiente apartado. Del ejercicio de facultades de inspección de la Comisión en materia de Defensa de la competencia, contemplado en la correspondiente reglamento comunitario, el Tribunal de Estrasburgo ha examinado si derivan las oportunas garantías, entendiendo que una de ellas ha de ser la motivación, que ha de incluir el objeto, finalidad, fecha, referencia a las posibles sanciones y el derecho a recurrir la decisión ante el Tribunal de Justicia; no estando obligada ni a efectuar una calificación jurídica precisa de las presuntas infracciones ni dar a conocer a la empresa toda la información que disponga¹⁶¹.

Significativos son también los procedimientos europeos relativos a los medicamentos de uso humano y veterinario, desarrollados por la Comisión en aplicación directa del Derecho europeo con la participación de una agencia, en este caso, la Agencia Europea del Medicamento, en el que la presencia de la motivación es inexcusable¹⁶². El deber de motivar las decisiones en los procedimientos de infracción dictadas tanto por la Comisión como por la Agencia se regula de forma expresa, requiriéndose en determinados casos que se hagan constar los recursos procedentes contra la decisión que se notifique, como parte de la obligación de motivar, permitiendo a los interesados tener conocimiento de los mecanismo de control judicial. En los procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos de uso humano y veterinario en relación al proyecto de decisión solo se exige a la Comisión adjuntar “una

¹⁵⁹ Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, desarrollado ejecutivamente por la Comisión a través del Reglamento (CE) núm. 802/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004.

¹⁶⁰ Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 desarrollado ejecutivamente por la Comisión a través del Reglamento (CE) núm. 794/2004, de 21 de abril.

¹⁶¹ Sentencia *Deutsche Bahne.a v. Comisión*, 6 de septiembre de 2013 (T-289/11).

¹⁶² El marco normativo de referencia se integra por Reglamentos y Directivas, destacando como núcleo principal de la regulación el Reglamento (CE) núm. 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, modificado posteriormente por el Reglamento (CE) núm. 1235/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2010. Reglamento de desarrollo de la Comisión núm. 658/2007, de 14 de junio, sobre el procedimiento de infracción.

explicación detallada de las razones de la diferencia” cuando difiera del dictamen de la Agencia y en relación a las decisiones se recoge de forma expresa la obligación de motivar todas ellas, sea cual sea su contenido.

Otro de los procedimientos administrativos en el ámbito de la aplicación directa del Derecho europeo es el procedimiento administrativo para el registro de marcas que tiene la peculiaridad que la tramitación del mismo se realiza de forma íntegra ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior -OAMI- sin intervención de la Comisión¹⁶³. Se exige con carácter general la escritura y la motivación para todas las resoluciones del OAMI, hecho que se reitera en el Reglamento de ejecución como requisito formal de las resoluciones de dicha Oficina.

Por otra parte, el régimen de propiedad industrial aplicable a las obtenciones vegetales constituye uno de los supuestos en que el proceso de integración europea ha llevado a un aumento de las competencias ejecutivas de la Administración europea, atribuyéndose a un organismo europeo, la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales, la aplicación del régimen previsto en las normas reglamentarias. Dicha Oficina ejecuta de forma directa el Derecho de la Unión con la concesión de derechos de propiedad industrial con validez en todo el territorio de la Unión Europea, estando sujeta en todas las decisiones que adopte a una correcta y adecuada motivación¹⁶⁴.

En virtud de todo lo expuesto, la regulación existente hasta ahora analizada en el ámbito europeo, en el Derecho originario junto con la dispersión en el Derecho sectorial, sigue siendo insuficiente para un conocimiento exhaustivo y profundo de la motivación; siendo determinante, por ello, ahondar en la construcción jurisprudencial generada a tal efecto.

8.1.3. La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la consolidación del alcance y contenido de la motivación.

En el escenario de la Unión Europea, al igual que ha ocurrido en relación a otros ámbitos del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea - TJCE- sí ha aprovechado distintas oportunidades de las que ha dispuesto para configurar una serie de principios generales que deben respetar los órganos ejecutivos europeos en

¹⁶³ Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria. Pese a que en el Reglamento se encomienda a la Comisión el desarrollo de sus normas a través de un reglamento de ejecución, tal encomienda no se ha producido estando vigente el Reglamento (CE) núm. 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995 que desarrollaba el Reglamento derogado por el Reglamento (CE) núm. 207/2009.

¹⁶⁴ Reglamento (CE) núm. 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de obtenciones vegetales.

el ejercicio de sus funciones facilitando que el Derecho administrativo de la Unión Europea haya conseguido desarrollar ciertos principios rectores de la actividad de las instituciones comunitarias en la línea de aquellos que rigen en el Derecho Administrativo de los Estados miembros, reservándose por parte de algunos autores un lugar para el principio de motivación¹⁶⁵.

La jurisprudencia comunitaria ha demostrado verdadero afán en delimitar la naturaleza y el alcance de la motivación de los actos administrativos europeos. Desde sus primeras sentencias, el Tribunal de Justicia entendió que la obligación de motivación que el Tratado impone a la Comisión “no persigue solo un objetivo formal, sino que pretende permitir a las partes defender sus derechos, al Tribunal de Justicia ejercer su control, y a los Estados miembros así como a cualquier ciudadano interesado, conocer las circunstancias en que la Comisión ha aplicado el Tratado”¹⁶⁶, puntualizando en posteriores declaraciones que dicha obligación constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento material de la motivación al pertenecer ésta al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo¹⁶⁷.

De su tarea delimitadora se deduce la diferenciación que el TJCE establece según se trate de actos normativos o particulares, requiriendo una motivación laxa para los primeros y demandando una mayor exigencia para los segundos, en especial en los actos que limiten derechos subjetivos, impongan sanciones o limitaciones a los particulares o a los Estados, debiendo mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad comunitaria de quien procede el acto impugnado¹⁶⁸. Mantiene una concepción flexible sobre las exigencias de motivación estableciendo que no es necesario que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, sino que su necesidad “debe valorarse en función de las circunstancias del caso concreto, en especial con arreglo al contenido del acto, la naturaleza de los motivos manifestados y el interés en recibir explicaciones que pueden tener los destinatarios y otras persona directa e individualmente afectadas por el

¹⁶⁵ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2012): *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II. El derecho Administrativo Europeo*, Civitas, pp. 272 y ss. Junto al principio de motivación, trata otros principios como el de presunción de legalidad, el de ejecutoriedad, el de igualdad, el de autoorganización, el de transparencia, el de buena administración, confianza legítima, proporcionalidad, prohibición del abuso de Derecho, etc.

¹⁶⁶ Sentencia Alemania c. Comisión 4 julio 1963, asunto C-24/62.

¹⁶⁷ Sentencia 29 septiembre 2011, Elf Aquitaine v. Comisión, asunto C-521/09P; Sentencia 22 marzo 2001, Francia c. Comisión, C-17/99

¹⁶⁸ Sentencia de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, asunto 269/90.

acto”¹⁶⁹. En supuestos concretos relativos a la función pública, diferentes factores, como el propio contexto en el que el acto se produce y el hecho de haber sido informado el destinatario del acto del problema originario del acto, atenúan su obligatoriedad¹⁷⁰.

Para la jurisprudencia de la Unión europea, la finalidad de la motivación de transmitir los criterios que han llevado a un órgano administrativo a tomar una concreta decisión, se ajusta, por un lado, a proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez¹⁷¹ y, por otro, a permitir que el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control¹⁷². En asuntos concretos relativos al registro de marcas, se insiste en ambas finalidades tanto en “proporcionar al interesado las indicaciones necesarias para saber si esa decisión está fundada” como en “permitir al juez comunitario controlar su legalidad”¹⁷³.

El Tribunal de Justicia también ha admitido la motivación *in aliunde*, en aquellos casos en que la Comisión sea acorde con una práctica decisoria constante, en cuyo caso se admite la motivación de forma sucinta, mediante una referencia a dicha práctica, si bien puntualiza el Tribunal que cuando la decisión se excede de as decisiones precedentes, la Comisión debe desarrollar su razonamiento de forma explícita¹⁷⁴.

Por otra parte insiste de forma reiterada el Tribunal de Justicia que la motivación debe ser “notificada al interesado al mismo tiempo que la decisión lesiva” y que su falta no puede quedar subsanada por el hecho de que “el interesado descubra los motivos de la decisión en el procedimiento ante las instancias de la Unión”¹⁷⁵. Además ha declarado

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre 2012, Guardian Industries y Gardien Europe, asunto T-82/08; Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo 2012, Ryanair c. Comisión asunto T-123/09; Sentencia 25 agosto 2011, Ziegler, asunto C-439/11; STJCE 30 septiembre 2003, Freistaat Sachsen y otros c. Comisión, asuntos acumulados C-57/00 y C-61/00; STJCE 4 junio 1992 as.C-181/90 Consorgan/Com; STJCE 13 marzo 1985 as. Ac. 296/82 y 318/82 Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek Comisión.

¹⁷⁰ QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO (2000), *op. cit.*, p. 215.

Sobre un análisis más detallado y exhaustivo de factores que atenúan el alcance de la obligación de motivar Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X. (1999), *op. cit.*, pp. 523-532.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal de justicia 19 julio 2012, Alliance One International Inc, asuntos acumulados C-628/10P y C-13/11 P; Sentencia Tribunal 2 octubre 2003 Corus UK v. Comisión, C-199/99P.

¹⁷² Sentencia Tribunal de justicia 29 septiembre 2011, Elf Aquitaine c. Comisión, asunto C-521/09; Sentencia Tribunal de Justicia 30 enero 2002 Max. Mobil, asunto T-54/99.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2002, Institut für Lernsysteme GMBH c. OAMI, asunto T-388/00 (apartado 59)

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal General 29 septiembre 2011, Elf Aquitaine c. Comisión, asunto C-521/09P; Sentencia 11 diciembre 2008, Comisión c. Département du Loiret, asunto C-295/07 P.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia 28 junio 2005, Dansk Rörindustri e.a.v. Comisión, asunto C-189/02P

que la insuficiencia o falta de motivación “constituye un motivo de orden público que debe ser examinado de oficio por el juez comunitario”¹⁷⁶

Finalmente y en relación al control jurisdiccional que ejerce el Tribunal europeo sobre la actividad de las diferentes instituciones comunitarias, se concede un trato preferente a la motivación como criterio determinante para desarrollar dicho control comprobando si la actuación comunitaria está o no suficientemente motivada¹⁷⁷. La jurisprudencia sobre el control de la motivación, pese a no seguir un único criterio sino un análisis particular de cada caso, se ha movido dentro de los cánones de la tesis de la “buena decisión” intentando establecer un “equilibrio realista entre eficacia y eficiencia”¹⁷⁸.

En definitiva, la labor integradora y creadora del Tribunal de Justicia ha sido fundamental y determinante en la consolidación de la motivación como exigencia latente en el seno de los diferentes procedimientos administrativos de ámbito europeo garantizando con ello a su vez que la actividad administrativa esté contagiada de la “buena administración”.

8.1.4. La motivación y su reflejo en los instrumentos comunitarios de soft law.

Existe una variedad de instrumentos adicionales de los que hace uso la Administración europea que se caracterizan en un principio, por su origen administrativo, por no ser vinculantes y por su heterogeneidad formal. El principal conjunto de instrumentos administrativos es el que adopta la Administración europea como expresión de su potestad autoorganización, bien para configurar y dirigir internamente sus estructuras administrativas, bien ordenar la ejecución de los actos legislativos y reglamentarios cuando ostenta competencia de ejecución directa sobre ellos. En este contexto ha de mencionarse uno de los instrumentos de *soft law* que al apostar por la buena administración se implica inevitablemente en la exigencia de la motivación: el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa -CEBCA-¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Primera instancia 12 septiembre 2008, Oympiaki, asunto T-68/03; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia 21 marzo 2001, Métropole Télévision, asunto T-206/99.

¹⁷⁷ Vid. supuestos que recoge GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2012), *op. cit.*, pp. 273-274 y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2005): *El control de la administración comunitaria a través de la motivación: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi.

¹⁷⁸ ESTELLA DE NORIEGA, A. (2005), *op. cit.*, p.112.

¹⁷⁹ COBREROS MENDAZONA, E. (2002): “Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, RVAP núm. 64, p. 237; TOMAS MALLEN, B. (2004), *op. cit.*, pp. 89 y ss., pp. 271 y ss.

Este Código, aprobado por el Parlamento Europeo mediante resolución adoptada el 6 de septiembre de 2001, incorpora de forma expresa en su artículo 18 el “deber de indicar los motivos de las decisiones”, cuyo texto literal dispone lo siguiente:

“1. Toda decisión de la institución que pueda afectar adversamente a los derechos o intereses de una persona deberá indicar los motivos en los que está basada, exponiendo claramente los hechos pertinentes y el fundamento jurídico de la decisión.

2. El funcionario evitará adoptar decisiones basadas en motivos breves, vagos o que no contengan un razonamiento individual.

3. En el caso que, debido al gran número de personas afectadas por decisiones similares, no resultara posible comunicar detalladamente los motivos de la decisión, mandándose por lo tanto respuestas de tipo normalizado, el funcionario, en una fase subsiguiente, facilitará al ciudadano que expresamente lo solicite un razonamiento individual”.

A pesar, que el Código va dirigido a todas las instituciones, órganos, funcionarios y agentes de la Unión Europea en sus relaciones externas con los ciudadanos, su recepción no ha sido homogénea, pues no todos los destinatarios han adoptado sus propios órganos de buena conducta administrativa. La Comisión es una de las instituciones que tomando como referencia los principios fundamentales que deben regir la Administración europea y a fin de contribuir al respeto al derecho a una buena administración, adoptó su propio Código de Buena conducta administrativa para el personal de la Comisión en sus relaciones con el público¹⁸⁰, sin apartar de su contenido a la motivación como garantía procedimental, tal como se constata en el punto tercero relativo a “Información sobre los derechos de las partes interesadas” mediante un apartado específico con la rúbrica “deber de motivar las decisiones”, en la que se señala de forma expresa que

“Una decisión de la Comisión debe exponer claramente las razones en que se basa y comunicarse a las personas y partes afectadas. Por regla general, debe darse la

¹⁸⁰ Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con el número DO L 267, de 20.10.2000.

motivación completa de las decisiones. Sin embargo, cuando, por ejemplo, a causa del gran número de personas afectadas por decisiones similares, no sea posible comunicar detalladamente los motivos de decisiones individuales, podrán darse respuestas tipo. Estas respuestas tipo incluirán las principales razones que justifican la decisión tomada. Además, la motivación detallada se proporcionará a la parte interesada que lo solicite expresamente”.

8.2. La transcendencia de la motivación en la apuesta europea por la regulación uniforme del procedimiento administrativo.

La ausencia de una disciplina unificada de procedimiento administrativo ha desarrollado una normativa reguladora específica para cada ámbito sectorial en que la Administración tiene atribuidas competencias directas de ejecución. La principal característica de las distintas regulaciones sectoriales es su carácter fragmentario y su heterogeneidad respecto a los diferentes trámites que componen cada fase y principales cuestiones procedimentales, observándose, entre otros, como la relevancia otorgada a la motivación, exigencia reconocida tanto por el Derecho positivo europeo como por la acción del Tribunal de Justicia y contemplada para la generalidad de los supuestos, se regula a veces de forma minuciosa y detallada y otras de forma escueta.

En el marco del Derecho europeo, las posiciones doctrinales a favor y en contra de la regulación uniforme del procedimiento administrativo se suceden de forma continuada con cierta prevalencia de las primeras que apuestan por el incremento de la seguridad jurídica y la estabilidad, el refuerzo de la eficacia de la actuación administrativa y la sistematización uniforme de las garantías procedimentales del ciudadano en sus relaciones con la Administración europea¹⁸¹.

En el contexto favorable a la “codificación” general del procedimiento de la administración de la Unión, se creó en el seno de la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo el Grupo de trabajo sobre el Derecho Administrativo de la Unión

¹⁸¹ VIÑUALES FERREIRO, S. (2015), *op. cit.*, pp. 289-355; MIR PUIGPELAT, O. (2012): “Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión” en FUERTES, M. (2012), *op. cit.*, pp. 131-160 y “La codificación del procedimiento administrativo en la Unión administrativa europea”, en VELASCO CABALLERO, F. y SCHNEIDER, J. P. (2008): *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, pp. 51-85; SORIANO GARCIA, E. (2012), *op. cit.*, pp. 33-40; NIETO, E. (2012), *op. cit.*, pp. 54-66; ZILLER, J. (2012): “¿Es necesaria una Ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión? Comentarios preliminares y perspectivas”, en FUERTES, M. (2012), *op. cit.*, pp. 99-129; MARTIN DELGADO, I. (2010); PAREJO ALFONSO, L. (2000): “El procedimiento administrativo comunitario”, en AAVV., *Manual de Derecho Comunitario*, Edit. Ramón Areces, pp. 229-278; TORNÓ MAS, J. (2015): “El procedimiento administrativo común en el derecho interno” en REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015) (Coord.), *op. cit.*, pp. 248-254.

Europea -ReNEUAL¹⁸²- en el que se ha desarrollado un conjunto de “Reglas modelo” diseñadas para reforzar los principios generales del Derecho de la Unión Europea con gran influencia en los diferentes operadores jurídicos. Muestra de ello es el interés que ha demostrado el Parlamento europeo como el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea hacia la elaboración de una norma general de procedimiento administrativo. Es significativa la Resolución dictada el 15 de enero de 2013 por el Parlamento Europeo que incluye una serie de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea, una de las cuales, la número 4, relativa a las normas por las que se rigen las decisiones administrativas, en el apartado octavo, constata el deber de motivación al disponer que

“Las decisiones administrativas deben indicar claramente los motivos en los que se basan. También deben indicar los hechos relevantes y su fundamento jurídico. Deben contener una motivación individual. Si ello no es posible debido a que un gran número de personas se ve afectado por decisiones similares, deben estar permitidas las comunicaciones normalizadas. No obstante, en tal caso, debe facilitarse una motivación individual a todo ciudadano que lo solicite expresamente”.

La motivación de las decisiones administrativas aparece junto al derecho a ser oído, la imparcialidad de la decisión, los plazos y la notificación e indicación de los recursos disponibles, entre otros, como las reglas generales del nuevo procedimiento administrativo comunitario.

En conclusión, en este devenir de la configuración europea hacia una normativa procedimental homogénea y uniforme que parece nos puede deparar un futuro inmediato, remarcamos el hecho de no haberse cuestionado la exigencia de la motivación ni en las diferentes fuentes del Derecho de la Administración europea ni en los bocetos de lo que puede ser una norma general de procedimiento, siendo su reincidente presencia esperanzadora en el camino de asentar un régimen sistemático y definitivo que afiance aspectos determinantes de la motivación como la naturaleza, contenido y alcance, que permitiría a su vez una mejor operatividad de la misma en nuestro ordenamiento jurídico español.

¹⁸² Research Network on European Union Law. MIR, O; HOFMANN, H.C.H.; SCHNEIDER, J. P.; ZILLER, J. (2015): *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP.

9. RECAPITULACIÓN: REFLEXIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA MOTIVACIÓN

La realidad legislativa de la que partimos es bastante simple: una carencia absoluta de un concepto legal de la motivación que colme con las dudas que acechan a los diferentes operadores jurídicos, en especial las que conciernen a su naturaleza jurídica. La causa de ello puede encontrarse tanto en un olvido intencionado promovido por una nimia atención a la figura de la motivación como en el absurdo convencimiento de calificar la tarea definitoria de la misma como ardua y compleja. Puede que ni lo uno ni lo otro sean de forma absoluta los pretextos que hayan que apuntar como hecho explicativo de tal ausencia, pero en mayor o menor medida algo tengan que ver; y aún entendiendo que la aludida tarea de ofrecer un concepto de la motivación junto a la de encuadrarla como requisito formal o material del acto administrativo está repleta de cierta complejidad, la cuestión no pasa desapercibida ante nosotros por una serie de observaciones las cuales queremos dejar reflejadas y que de una manera u otra nos reenvían tanto a la Lingüística como a la Filosofía del derecho.

La primera de las indicaciones que queremos dejar constancia refiere a la elección efectuada por el legislador en la redacción del artículo 54 de la LRJPAC, al optar por un enunciado prescriptivo frente a uno descriptivo. Aunque las normas sean proposiciones prescriptivas, las jurídicas, en concreto, tienen una parte descriptiva en la que se relaciona el supuesto de hecho con una consecuencia jurídica y por tanto creemos que con un tipo de enunciado descriptivo dirigido a los operadores jurídicos, que en este caso son los órganos administrativos encargados de dictar la resolución final, quedaría afianzado de una manera u otra tanto el ámbito material como el formal de la motivación aunque fuera de forma muy escueta; por tanto, no es que no sea oportuna la opción escogida, que lo es, pero se añora que junto al enunciado prescriptivo se hubiera complementado con otro de carácter descriptivo que ahondara en el perfil conceptual y delimitara el carácter formal o sustancial de la motivación.

Una segunda observación roza la lingüística a la que debemos remitirnos aunque sea de forma somera, pues la confusión que se suscita con algunos términos nos obliga a analizar tanto aspectos semánticos como morfológicos de las palabras implicadas. La mayoría de las veces las confusiones se producen por el uso de diferentes expresiones que se emplean como sinónimos, y ello por proceder con ellos a operaciones en los que tales vocablos se sustantivizan y se verbalizan. Así ocurre con los términos motivación y argumentación, en los que la primera juega como un sustantivo y a raíz de la acción

que recoge -argumentar, explicar, justificar o decidir- se nominaliza mediante formas verbales, de ahí que se enuncien voces como argumentación, justificación, motivación, todos ellos como términos semejantes y sinónimos. Por lo tanto no creemos sea correcto equiparar desde el punto de vista del lenguaje la motivación con argumentación o justificación, pues tal hecho genera confusión. Para un efectivo cumplimiento de la motivación de forma previa habrá que razonar, explicar, decidir, justificar, ponderar, una serie de acciones todas ellas válidas que no dejan de ser acciones y su resultado será el que recoja la motivación.

Para la última de las observaciones rescatamos un ingrediente importante de la experiencia jurídica que adquiere singular relevancia en el cumplimiento de una correcta y adecuada motivación, la argumentación, descendiendo por ello a la teoría del derecho y rebuscando en la teoría de la argumentación jurídica, que nos aporta, entre otros, por un lado que el razonamiento jurídico no es exclusivamente un razonamiento deductivo y, por otro, la distinción existente entre una justificación interna y una justificación externa.

En la instancia jurídica en la que nos encontramos, más concretamente la administrativa, se producen decisiones que en los Derechos contemporáneos tienen que estar sustentadas en razones, tienen que estar argumentadas. La creciente importancia hacia la argumentación repercute en la motivación, donde es aconsejable vaya reflejada de manera diferenciada tanto las razones que explican la decisión como las razones que la justifican, compatibilizando así las diferentes concepciones de la argumentación que nos permite conformar un ideal de la motivación como aquella que recoja las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión sin que ello signifique que exista un modelo exclusivo y excluyente de motivación. La motivación, como comprobaremos en este trabajo, no siempre se ajusta a esquemas formales, taxativos y cerrados sino que variara atendiendo al contenido de los actos y en función del razonamiento jurídico empleado.

En ocasiones, nos sirve como justificación las premisas que preceden a la conclusión, y la simple operación de recoger los supuestos de hecho y los antecedentes mediante el correspondiente silogismo subjuntivo basta como motivación adecuada. Pero otras veces, la exigencia de motivación, en especial cuando se ejercitan potestades discrecionales, no debe quedar reducida a este esquema lógico formal de argumentación, sino que tendrá que recoger además una serie de premisas entendidas como razones, como hechos que sustenten la decisión adoptada. Son situaciones éstas

en las que necesitamos una justificación interna y una justificación externa y ambas deben ser incluidas en la motivación, pues en aquellas en las que la norma o la comprobación de hechos no suscita dudas razonables, es suficiente la justificación interna que realizamos con los métodos lógico deductivos.

Al hilo de todo lo expuesto, nuestra apuesta por la motivación es plena, al igual que la reivindicación por su presencia, entendiendo que su exigencia se sustenta tanto en razones formales como sustanciales.

La motivación ha de entenderse como requisito esencial del acto administrativo que actúa como una pieza de engranaje en el procedimiento administrativo. Delimitado, por tanto, desde un primer momento, que una cosa es la expresión formal de los motivos del acto que está obligada la Administración en determinados supuestos y otra cosa su justificación, la existencia de motivos o razones que sean conformes a derecho, en la que se fundamenta la Administración para dictar el acto, la motivación puede caracterizarse como el soporte en el que se vuelcan las razones, argumentos o motivos de la decisión administrativa, como el vehículo transportador de las razones que sustentan la decisión adoptada.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la motivación está más cerca de ser un requisito formal que de un requisito material; y más bien hemos de precisar que se trata de un requisito formal cualificado y ello debido tanto al hecho de transportar aspectos sustanciales del acto como son los motivos como en base a la función, la cual no es única sino variada, multifuncional, polivalente. Por otra parte, el aumento de decisiones administrativas que anulan actos por simples defectos formales de motivación hace pensar que se produce un relanzamiento del valor de requisitos formales, una revitalización de los vicios procedimentales con respecto a los sustanciales. Una solución a esa dualidad planteada por doctrina y jurisprudencia sería el rescatar a la motivación como elemento formal y ubicarlo en una concepción sistémica con un cambio de paradigma, destacando su multifuncionalidad.

La motivación no es algo mecánico que se exige como un molde aplicable por igual a todos los supuestos, sino que dependiendo del contenido del acto, del tipo de procedimiento, de las circunstancias que lo acompañan...variara el nivel de intensidad de la motivación en cuanto al rigor exigible a los diferentes requisitos necesarios para conformarla.

En definitiva, en lo concerniente a otorgar una definición lo más consensuada posible que aúna las distintas disparidades y diferentes criterios para lograr la unidad en

la diversidad existente sería conveniente aportar una noción muy amplia -un concepto- caracterizada por una serie de propiedades que tendrían que darse siempre que tenga sentido hablar de motivación y entender las diferentes interpretaciones que pueden darse sobre ella como concepciones y como dimensiones, que de una manera u otra la llegan a enriquecerla. Los siguientes capítulos persiguen la inquietud propuesta, la de dejar expuestos los requisitos que se adhieren a la motivación desde los aspectos formales, sustanciales y subjetivos según la normativa vigente que delimiten sus rasgos más fundamentales, que permitan un mejor entendimiento de la misma y que sirvan de sostén para elaborar una noción convincente de la motivación.

CAPITULO II.- PRINCIPIOS JURIDICOS Y FINALIDADES A LAS QUE SIRVE LA MOTIVACION

El estudio de la motivación exige seguir abordando otras cuestiones como la relativa a una correcta delimitación de los perfiles y contornos jurídicos de la misma, ahondando en su razón de ser, en lo que la sostiene y fundamenta, descubriendo qué principios la refuerzan para justificar su actuación en la persecución de diferentes fines. Trataremos, pues para el análisis del fundamento de la motivación tanto las finalidades que persigue como los principios a los que sirve, apropiándonos de la distinción efectuada por GUASP en su examen del fundamento del Derecho, en el que diferencia el fundamento germinal del fundamento terminal en los siguientes términos: “mientras que los principios del derecho nos dan la fórmula explicativa de la génesis de lo jurídico, las raíces de donde el derecho brota, los fines del derecho nos suministran la fórmula de su tendencia...”¹⁸³.

En virtud de todo ello partimos para describir otra realidad que sustenta a la motivación su fundamento germinal, los principios que justifican su actuación, como su fundamento terminal, los fines que se pretende conseguir con el adecuado cumplimiento de la motivación.

1. PRINCIPIOS JURÍDICOS A LOS QUE SIRVE

1.1. Consideraciones previas.

El Estado se justifica por los fines plurales que cumple, así como la justicia, paz, libertad, igualdad, los cuales deben ser procurados de la manera más equilibrada y armónica posible para que el cuerpo social no quiebre. La idea directriz de este progreso equilibrado es la obtención del máximo de cada uno de estos valores que no obstaculice ni perjudique a otro más que el mínimo inevitable entendiéndolos como ideales éticos, como aspiraciones que el Estado propugna y pretende realizar.

De todos los valores presentes en la base del ordenamiento jurídico, jerarquizados entre sí, emergen unos principios fundamentales, principios técnicos jurídicos que sirven de malla a esa estructura un tanto intangible que conforman tales valores junto al resto del ordenamiento jurídico considerado como un todo.

En nuestro sistema jurídico, la gestación y alumbramiento de los principios generales del derecho se produce a través de un proceso dinámico en el que intervienen

¹⁸³ GUASP, J. (1971): *Derecho*, Madrid.

tanto los órganos jurisprudenciales como el legislador y la doctrina, siendo difícil determinar qué aportación es más decisiva e influyente de los tres al tratarse de un trabajo conjunto de todos los correspondientes operadores jurídicos. No obstante, sí es conveniente mencionar de forma separada la decisiva labor doctrinal en la elaboración de la dogmática de los principios jurídicos, consolidada a raíz de estudios de diferentes disciplinas jurídicas, influenciados principalmente por la obra de DWORKIN y ALEXYY, que versan sobre una variada temática al tratar cuestiones significativas y vibrantes relativas tanto a los fundamentos que lo originan, naturaleza jurídica y vigencia como a la clasificación y funcionalidad de los mismos¹⁸⁴.

El abordaje de la conceptualización de los Principios Generales del Derecho es una materia que siempre ha despertado interés por parte de la generalidad de la doctrina que ante la carencia de una noción unívoca del principio ha generado una gran diversidad de concepciones a partir de las corrientes filosóficas imperantes en cada momento histórico y que coinciden en el deseo de afianzar un concepto seguro que resalte los rasgos y características más esenciales que arrastra el propio término. Su exquisito tratamiento doctrinal ha permitido una correcta delimitación del perfil jurídico de los principios evitando así su confusión con otras figuras afines¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Vid entre otras, DWORKIN, R. (1984): *Los derechos en serio*, Ariel y (1980): ¿Es el derecho un sistema de normas?; ALEXYY, R. (1988): *Sistema jurídico, principios jurídico y razón práctica*, Doxa; DE CASTRO y BRAVO, F. (1964): *Derecho civil de España, Civita: edición facsímil del original publicado por el Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1949-1952, p. 427; DIEZ PICAZO y GULLON, A. (2012): LACRUZ BERDEJO, J. L. (2006): *Elementos de Derecho Civil I*, Bosch; LEGUINA VILLA, J. (1987): “Principios generales del Derecho y Constitución”, RAP núm.114; HERNANDEZ GIL, A. (1980): *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*; GORDILLO CAÑAS, (1990): *Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una relectura de la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces; SANTAMARIA PASTOR, J. A. (1988) y (2010): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley; MUÑOZ MACHADO, S. (2015), vol. III y IV; CLAVERO AREVALO, M. (1992): “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico”, RAP núm.4, recogido también en *Estudios de Derecho Administrativo*, Civitas; BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Los principios jurídicos*, Civitas; GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015); TARDIO PATO, J. A. (2011): *Los principios generales del Derecho*, Bosch. De esta obra es recomendable la lectura de un capítulo dedicado a las exposiciones más influyentes sobre los Principios Generales del Derecho, pp. 43-89.

¹⁸⁵ El principal problema que se ha planteado en el estudio de la naturaleza jurídica de los principios con cierta repercusión en la delimitación conceptual ha sido el de precisar si son norma jurídica o si estamos ante fenómenos diferentes. En nuestro derecho la mayoría de los autores proclaman el carácter normativo de los principios - DE CASTRO (1964), PRIETO SANCHIZ (1992), DIEZ PICAZO y GULLON (2012), LACRUZ BERDEJO (2006), HERNANDEZ GIL (1980) -mientras otros como NIETO, A. (2012): *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, p. 37 y LATORRE, A. (1977): *Introducción al Derecho*, Ariel, defienden lo contrario. Sobre la distinción entre reglas y principios en la doctrina española, entre otros: ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996), *op. cit.*, pp.1 y ss.; PRIETO SANCHIS, L. (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*; BERNAL PULIDO, C. (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 571-578; los cuales se basan en las aportaciones de DWORKIN y ALEXYY.

Los principios generales del Derecho se reconocieron inicialmente como fuente a la codificación civil, teniendo reflejo en nuestro Código Civil desde su primera redacción. Desde DE CASTRO, nuestra doctrina ha sido unánime en conceder a los principios jurídicos los tres atributos básicos comunes a todos ellos “como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre”¹⁸⁶, encontrando posteriormente respaldo legislativo de forma expresa en el vigente artículo 1.4 del Código Civil. Consustancial a los principios son, por tanto, estas tres funciones clásicas que han sido objeto de atención particular por algunos autores que estimaron conveniente su ampliación; así por un lado, LOPEZ MENUDO al valorar el reconocimiento de una cuarta función a los Principios Generales del Derecho, por su condición de “límites a las potestades discrecionales y reglamentarias, como explícitamente reconocen las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero 1989, 16 de mayo y 8 de octubre de 1990, 2 de abril y 11 junio 1991, quedando así reforzado su papel de piezas del ordenamiento con valor autónomo y no como simples elementos interpretativos del Derecho dado”¹⁸⁷ y por otro, BELADIEZ ROJO al reclamar el olvido de la función más importante “la justicialidad directa de los principios” que permite recurrir cualquier acto jurídico que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama¹⁸⁸.

Por otra parte, el desarrollo de los principios en el Derecho Público no se produce hasta mediados del siglo XX, cuando se tomó conciencia del desvanecimiento del ideal codificador y de la necesidad de encontrar un orden de principios que sirvieran para proteger las instituciones y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos. Las primeras aplicaciones jurisprudenciales de los principios generales atrajeron para el Derecho Público algunos de los que ya estaban consolidados en la tradición del Derecho Civil, creando en un momento posterior la jurisprudencia administrativa un sistema de principios generales propio, la mayor de parte de los cuales han sido expresamente proclamados y reconocidos por la Constitución.

El constitucionalismo vigente ha contribuido a robustecer la posición de los principios generales del Derecho y a ampliar su papel en el marco del ordenamiento jurídico general. Nuestra Constitución actual los ha incorporado de modo expreso y es

¹⁸⁶Vid. DE CASTRO y BRAVO, F. (1964), *op. cit.*, p. 427.

¹⁸⁷ LOPEZ MENUDO, F. (1992): “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, *RAP* núm. 129, p. 22.

¹⁸⁸ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 159.

pródiga en mencionarlos junto a la proclamación de valores superiores, cuya diferenciación no es tarea sencilla en términos jurídicos lo que ha ocasionado que se generen acerca de tal delimitación pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales de carácter divergente¹⁸⁹.

Aunque a veces las diferencias entre valores y principios se difuminan, los principios generales del Derecho son “una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica y consisten en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones”¹⁹⁰.

La aprobación de la Constitución de 1978 trajo consigo también la necesidad de reordenar los principios generales con los criterios que arrastraba el propio texto, generando en ocasiones alguna que otra discusión doctrinal como la relativa al hecho de atribuir o denegar carácter normativo a los principios constitucionalizados. Polémica que es zanjada por LOPEZ MENUDO argumentando que “todo principio tiene los efectos mínimos y generales señalados por el artículo 1.4º del Código Civil. Como consecuencia de la positivización, sea ésta legal o constitucional, algunos de dichos efectos pueden verse sustituidos e incrementados - nunca rebajados - por los que resultan obligadamente derivados de dicha positivización, según el rango de la norma de que se trate. Por tanto,

¹⁸⁹ Por parte de la doctrina, LEGUINA VILLA (1987) atribuye a los valores constitucionales la función de establecer ideas jurídicas básicas o estructurales y a los principios la concretización de valores constituyéndose en instrumentos para su realización. HERNANDEZ GIL (1980) distingue entre la eficacia jurídica de los principios y de los valores. Para este autor los principios, además de informar el Ordenamiento y suplir sus deficiencias, son normas que, aunque muy generales, son aplicables directamente, y los valores dan sentido a las normas, pero necesitan de ellas, a través de las cuales se manifiestan, para ser susceptibles de aplicación. Otra opinión es la mantenida por GIMENO SENDRA al considerar que los valores, en cambio, sí son aplicables de manera directa, “solo que lo son de un modo específico, negativo, mediante la remoción de su contrario”. Vid. GIMENO SENDRA, V. (2007): “El Derecho a la Tutela Judicial efectiva y de acción penal” en AAVV (2007): *Los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, p. 57.

Para ALEX Y la diferencia principal entre ellos reside que los valores son conceptos axiológicos, , mientras que los principios son conceptos deontológicos, o sea, comportan un juicio sobre lo debido, lo que debe ser; por eso, como el Derecho trata de lo debido, el razonamiento jurídico se hace mejor con los principios. Los entiende como normas que prescriben que algo debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible, considerando el entorno y las circunstancias del caso, calificándolos como “mandatos de optimización“. ALEX Y resuelve con las técnicas de los valores los supuestos de colisión entre principios, así en ellos se busca qué es “lo mejor” para convertirlo en “lo debido”. Vid también TARDIO PATO, J. A. (2011), *op. cit.*, pp. 221-230; DWORKIN (1984), ALEX Y (1988).

La jurisprudencia constitucional en un primer momento les reconoce un valor informador de todo el ordenamiento jurídico, así la STC 21/1981, de 7 de julio que fue secundada por otras como STC 27/1981, 103/1983, 65/1990, pero también nos encontramos pronunciamientos -STS 63/1982, 122/1983, 107/1996- en los que identifica el término valor con el de principio.

¹⁹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 500.

por el hecho de su inserción en el texto constitucional los principios no quedan desvirtuados, sino mantenidos en su esencia y enriquecidos en sus efectos”¹⁹¹.

Pese a que el Tribunal Constitucional denomina a los principios positivizados en la Constitución “criterios inspiradores del Ordenamiento Jurídico” y, en concreto, a los enunciados en el párrafo 3 del artículo 9 “principios generales del derecho”¹⁹², la terminología empleada para referirse a los principios no ha sido siempre la misma, manejándose expresiones diversas como “principios del Derecho”, “principios jurídicos” o la ya aludida “principios generales del Derecho”¹⁹³. Mientras en ocasiones se han equiparado y en otras se han diferenciado según el tratamiento dado por cada autor¹⁹⁴, entendemos que hacen referencia a lo mismo y sin entrar a enumerar las posibles clasificaciones que giran en torno a los principios, pues excede de nuestras miras, nuestra tarea se limitará a exponer aquellos que mantienen una conexión de manera directa con la motivación y la justifican, remitiéndonos para ello a la clasificación realizada por LOPEZ MENUDO que atiende a los principios del procedimiento administrativo, pues como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo anterior, la motivación mantiene una relación inexorable con el procedimiento en virtud de la teoría de sistema¹⁹⁵.

1.2. Principio generales del Ordenamiento jurídico.

Como se ha expuesto anteriormente los principios generales no solo forman parte del orden jurídico, sino que lo fundamentan y estructuran dándole su sentido propio, inspirando, junto a los valores, “toda la producción jurídica y la dinámica misma

¹⁹¹LOPEZ MENUDO, F. (1993): “Los Principios generales del procedimiento administrativo” en BARNES VAZQUEZ, J. (1993), *op. cit.*, p. 125

¹⁹² STC 10/1989, 24 Enero FJ 3.

¹⁹³ Las preferencias de cada autor a una expresión u otra están recogidas en la nota a pie de pagina número 63 en GAMERO CASADO, E. (2009): “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes” en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2009): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson.

¹⁹⁴Mientras autores como BELADIEZ ROJO, M. (1994) iguala tales expresiones considerando que designan el mismo fenómeno, así la fuente del Derecho que expresa los valores jurídico-éticos de la comunidad, otros como ARCE y FLORES-VALDES, J. (1990): *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Cuadernos Civitas, p. 65, diferencia reservando la expresión principios generales del derecho para aquellos que “vienen a ser como los ejes sobre los que el ordenamiento se conforma”.

¹⁹⁵LOPEZ MENUDO, F. (1992). Vid. también TARDIO PATO, J. A. (2011), *op. cit.*, pp. 91-117; BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, pp. 184-188.

del sistema normativo”¹⁹⁶. El carácter informador que se les atribuye hace de ellos “la atmósfera que respiramos jurídicamente”¹⁹⁷.

Hay principios generales o, como los denomina LOPEZ MENUDO, “genéricos” que debido a su valor informador general no se circunscriben a un sector determinado del ordenamiento sino que su fuerza irradia hacia todos los campos del Derecho Administrativo, extendiéndose incluso al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Son por tanto principios no solo del procedimiento, sino comunes a cualquier ámbito, son principios de cabecera¹⁹⁸.

La exigencia de motivar determinados actos y que ello responda, entre otras cosas, a principios de orden jurídico, es un hecho que aparte de revelar la especial conexión que mantiene la motivación con ellos, ha supuesto la ruptura con el criterio que tradicionalmente se ha asentado entendiendo la motivación como requisito exigible mediante texto expreso sin dar cabida a ningún principio jurídico que lo exija. FERNANDO PABLO ha contribuido a ello a partir de la distinción efectuada de los dos conceptos de motivación, como enunciación y como justificación, manifestando que “... al margen de los supuestos enunciados en la Ley y en otros textos positivos, la motivación puede venir exigida por los principios materiales de legalidad, tutela judicial efectiva, prohibición de la arbitrariedad y exigencia de objetividad”¹⁹⁹.

La motivación trae causa de diferentes y variados principios donde su presencia es incuestionable como seguidamente comprobaremos.

1.2.1. El Principio de Seguridad Jurídica.

A) Alcance de este principio.

El principio de seguridad jurídica constituye una pieza clave de la armonía del conjunto ordinamental entendida por el Tribunal Constitucional como “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”. La seguridad jurídica es para este Alto Tribunal “la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”²⁰⁰. Suma equilibrada de principios que no se agota en sí misma, sino que va más allá, como factor promotor del orden jurídico, la

¹⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, S. (2015), Tomo IV, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹⁷ STC 151/1986, 1 Diciembre.

¹⁹⁸ LOPEZ MENUDO, F. (1992), *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁹ FERNANDO PABLO, M. (1992), *op. cit.*, p. 234.

²⁰⁰ STC 27/1981, 20 Julio FJ 10.

justicia y la libertad. Destaca el valor flexible y funcional de la seguridad jurídica, como justificación de un orden jurídico destinado a la consecución efectiva de los valores constitucionales, así mientras las normas se encuentran vigentes y todos los poderes públicos están obligados al acatamiento y respeto de tales, la seguridad jurídica introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder al fundirse con la garantía constitucional de la tutela judicial²⁰¹.

La concepción unitaria, acumulativa y omnicomprendensiva de la seguridad jurídica no excluye la posibilidad de invocar cada una de las manifestaciones como categoría normativa dotada de sustantividad propia. El tópico de seguridad jurídica, como apunta DIEZ PICAZO, se reconoce como una fórmula abierta dentro de la cual caben multitud de supuestos y de subnormas²⁰². Los principios consagrados en el apartado tercero del artículo 9 del texto constitucional son atributos de la seguridad jurídica que no deben entenderse como “compartimentos estancos sino intercomunicables cobrando cada uno de ellos valor en función de los demás”²⁰³. En el plano normativo de producción, el principio de seguridad jurídica se aproxima al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y en el plano de la aplicación, es donde se reconoce la mayor virtud del principio de seguridad jurídica, en cuanto herramienta fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva²⁰⁴.

Este carácter integrador de la seguridad jurídica no es el único a tener presente al indagar acerca de su sentido y significado, pues otras acepciones básicas del término resaltan y ayudan a despejar aún más su denso y espeso concepto, como las expuestas por PEREZ LUÑO al distinguir una dimensión objetiva y otra subjetiva del propio principio²⁰⁵. La primera acepción que responde a la seguridad jurídica *stricto sensu*, se manifiesta como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En esta dimensión objetiva dos son las exigencias básicas, así una corrección estructural como garantía de una formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y una corrección funcional que comporta la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación.

²⁰¹ STC 57/2003, 24 Marzo FJ 4.

²⁰² DIEZ PICAZO, L. (2014): *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Cuadernos Civitas.

²⁰³ STC 99/1987, 11 Junio FJ 6.

²⁰⁴ BERMEJO VERA, J. (2010): “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Coord.)(2010), *op. cit.*, p. 84.

²⁰⁵ PEREZ LUÑO, A. E. (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel, 2º edición, pp. 29 - 30.

La segunda acepción cargada de dosis de subjetividad muestra a la seguridad jurídica a través de la “certeza del Derecho” como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva que requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. La seguridad es, ante todo, certeza o certidumbre, es la posibilidad en que cada individuo se puede encontrar de considerar que serán ciertas en el futuro determinadas circunstancias que debemos considerar como de indubitada producción y que enlaza de forma inmediata con la idea de confianza²⁰⁶.

Nuestro texto constitucional que acoge tanto los requisitos estructurales como los funcionales presenta la seguridad como valor, principio y derecho fundamental, que conecta tanto la dimensión funcional de la seguridad con su sentido estructural, pues la sujeción universal a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico precede a las manifestaciones enunciadas en el artículo 9.3 CE, es decir, a los principios de jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, responsabilidad de los poderes públicos e interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica ostenta un carácter de denominador común de tales categorías jurídicas que contribuyen a perfilarla y a entenderla²⁰⁷.

B) La motivación como garantía de la certeza.

La motivación de las decisiones administrativas se presenta como una de las exigencias más lógicas y vinculadas a la seguridad jurídica de las resoluciones adoptadas. Son frecuentes las invocaciones a la seguridad jurídica con la pretensión de justificar cualquier medida o actuación adoptada hasta el punto de motivar de manera convincente solo recurriendo al principio de seguridad jurídica. En cualquier supuesto de conflicto jurídico, por medio de un razonamiento, debe existir una efectiva garantía que permita explicar y justificar la solución adoptada. La motivación es una de ellas.

En un primer momento la motivación enlaza con la vertiente objetiva de la seguridad, en concreto con su aspecto funcional, en el sentido que si la Administración, entendida como órgano encargado de aplicar el Derecho, al actuar de manera regular con sujeción al bloque de la legalidad, cumple con la motivación, garantiza el cumplimiento del Derecho y permite una de las garantías funcionales de la seguridad jurídica que es la justificación de las decisiones adoptadas.

²⁰⁶ DIEZ PICAZO, L. (2014), *op. cit.*, p.

²⁰⁷ STC 165/1999, 27 Septiembre FJ2.

Por otro lado, la motivación también conecta con la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, al representar la certeza la otra cara de la seguridad, siendo el destinatario participe del conocimiento del Derecho. La expectativa de certeza jurídica puede ser entendida como apunta AARNIO en un sentido amplio que cubra dos elementos sustanciales: evitar la arbitrariedad y lograr la decisión correcta²⁰⁸, pero al no existir una única respuesta correcta la certeza garantizada debe entenderse no en términos absolutos sino relativos en especial ante cuestiones puramente valorativas, pues recordando a ALEXY con la aplicación de las reglas del discurso práctico racional se reduce la irracionalidad²⁰⁹.

Con el cumplimiento de la exigencia de motivación de las decisiones administrativas se exteriorizan las reflexiones como factor de racionalidad que permitirá al destinatario del acto el conocimiento de los motivos que condujeron a la Administración a adoptar una u otra decisión. La explicación detallada y razonada por el órgano administrativo de dichos motivos recogidos en la motivación es un máximo exponente, por tanto, del principio de seguridad jurídica.

Muchas prácticas son las que distorsionan la actuación administrativa como el silencio administrativo, las dilaciones indebidas o la falta de motivación. El incumplimiento de la motivación acarrea inseguridad jurídica repercutiendo en el inexcusable derecho al control de las resoluciones.

En definitiva, la motivación como vehículo transportador de razones y justificaciones, garantiza la seguridad jurídica, evitando situaciones de riesgo al ser cumplida como exigencia legal por parte de la Administración y asegurando la certeza al facilitar el conocimiento de tales razones generando de una manera u otra confianza

1.2.2. El Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

A) Planteamiento de su doble vertiente .

La actuación de los poderes públicos es limitada, entre otros, por el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos que nuestra Constitución proclama y cuyo alcance será distinto según se aplique a uno u otro poder, debido, por un lado, a que la amplitud de la discrecionalidad del legislador es muy superior a la que corresponde a la Administración o a los jueces y tribunales y, por otro, a la legitimidad

²⁰⁸ AARNIO, A. (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 26.

²⁰⁹ ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

de las decisiones; así la legitimidad de las decisiones legislativas, a diferencia de las decisiones administrativas y judiciales emana fundamentalmente de la posición constitucional del órgano que las adopta y no de la expresión de las razones que justifican la decisión concreta en cuestión²¹⁰.

El poder administrativo en un Estado social democrático de derecho es siempre, y sobre todo el discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función por la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma fundamental.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos de origen doctrinal se recoge, veinte años después de su formulación, en la Constitución de 1978 de la mano de MARTIN RETORTILLO, senador constituyente por aquel entonces, y que a través de una enmienda quiso darle acogida como “un mecanismo más de control de los poderes públicos”, entendiéndolo también como una “opción saludable para una Constitución democrática”²¹¹.

Para comprender, aunque sea de forma breve y somera, el verdadero sentido y alcance del principio que nos atañe es necesario ahondar en el término arbitrario que ha tenido una pluralidad de significados heterogéneos desde la facultad de decidir en justicia sin atenerse a reglas y formas preestablecidas, como el arbitrio de equidad, hasta los significados peyorativos que identifican arbitrario con despótico o tiránico o con

²¹⁰FERNANDEZ, T. R. (2005): *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid; (2008): *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., Civitas, Madrid.

²¹¹ MARTIN RETORTILLO BAQUER, L. (1984): *Materiales para una Constitución*, Madrid, Arkal Editor.

A raíz de varios trabajos de GARCIA DE ENTERRIA (Recensión del libro de LEIBHOLZ, “Die Gleichheit vor dem Gesetz”, y el artículo “Recurso contencioso directo contra las disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, ambos publicados en *RAP* núm. 29 junto a un tercer trabajo titulado “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” y publicado en *RAP*, núm. 30) se trazan los perfiles jurídicos del principio adoptando el término de LEIBHOLZ, como “estimulo inicial”, permitiéndole encontrar un punto de conexión con el término arbitrariedad que de forma incipiente y silenciosa se colaba en nuestros textos legales de aquel entonces (artículo 17 Fuero de los Españoles). En esta construcción, de transposición arrastra la interdicción de la arbitrariedad a una vinculación a los principios generales del orden jurídico dotando así de más contenido a los límites que se habían formulado para controlar al legislador. Tal construcción no ha quedado exenta de crítica, así es conocida la representada por RUBIO LLORENTE, que sustrae al principio de sustantividad propia, equiparándolo al principio de igualdad como acuñó en su día LEIBHOLZ. La noción de interdicción de la arbitrariedad fue acuñada por LEIBHOLZ para ofrecer un criterio con el cual ponderar el respeto por el legislador del principio de igualdad. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. (1991): “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota “en *RAP* núm. 124, pp. 211-212.

actuación sin fundamento alguno, ni de razón, ni de experiencia pasando por el significado de neutral, de voluntario, en el sentido de espontáneo o no forzado²¹².

A través de las obras de intelectuales y teóricos como LOCKE y MONTESQUIEU se descubre uno de los significados que tiene el principio de interdicción de la arbitrariedad entendiendo la arbitrariedad como equivalente de injusticia, y que posteriormente asumiría IHERING, sin embargo, lo arbitrario no se reduce sólo a esto; arbitrario también es lo contrario a la razón, que constituye el límite de todo poder, como advirtiera GALLIGAN al afirmar que “la arbitrariedad es, en este sentido, la antítesis de racionalidad”²¹³.

De manera más concreta, como apunta FERNANDEZ RODRIGUEZ, arbitrario es “todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo”. Este sería para el autor el verdadero sentido del artículo 9.3, “el *novum* específico” que aporta parte de la “exigencia irrenunciable a todas las autoridades administrativas de una justificación racional de todas sus decisiones sin excepción y de la correlativa proscripción de las que llegue a comprobarse que carecen de ella y resultan ser simple expresión de la mera voluntad o el simple capricho de quienes la adoptan”²¹⁴. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser el que se presente como resultado de una voluntad racional, en el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. Esta exigencia de justificación expresa, argumenta FERNANDO PABLO, debe entenderse como uno de los contenidos y una de las consecuencias que resultan de la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y que constituirá uno de los fundamentos de la motivación del acto administrativo, la cual será exigible tanto a los actos discrecionales como a los reglados²¹⁵.

La recepción constitucional del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, formulado como principio de control de la potestad reglamentaria exigiendo un control de fondo sobre la justificación del reglamento y sus contenidos, se presenta en su artículo 9.3 *in fine* de la Constitución como principio matriz unificador de

²¹²Una síntesis del origen del adjetivo arbitrario en las lenguas castellana, francesa, inglesa e italiana es expuesta en FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, p. 147, vid. nota a pie núm. 37.

²¹³GALLIGAN(); FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2008); IGARTUA SALAVERRIA, J. (1996): “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial” en *RVAP núm.* 46, p. 98.

²¹⁴FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, p. 241

²¹⁵FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 145 y ss.

una serie de preceptos constitucionales que tienen en común la exigencia de justificación de los actos de los poderes públicos empleándose a su vez para medir la legitimidad constitucional de cualquier decisión de los poderes públicos. En términos generales podría afirmarse que una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria si es fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado.

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, aparte de ser esencial para el estudio de la discrecionalidad administrativa, proscribe, por un lado, de nuestro sistema jurídico-político el poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta, e incorpora, por otro, un contenido positivo al exigir razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones: “la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese”²¹⁶. Y son a estas razones a las que nos debemos aferrar cuando engarzamos con la cuestión de la motivación. La vertiente positiva de principio de interdicción de la arbitrariedad exige decisiones racionales y motivadas.

Dicho principio también supone, en relación con el principio de igualdad, exigir de los poderes públicos un comportamiento que les impone no solo conductas adecuadas al Derecho sino también la motivación de sus decisiones y la racionalidad de las opciones que les guían²¹⁷.

Pese a que el principio de interdicción establece un claro mandato-prohibición que hace referencia a que la Administración actúe racionalmente y la prohibición de comportamiento, por tanto, irracionales, no nos debemos limitar única y exclusivamente a afirmar que “la prohibición de la arbitrariedad de los poderes se agota en una pura negación, de la que no puede extraerse otras consecuencias” sino que, como apostilla FERNANDEZ RODRIGUEZ, “la prohibición de arbitrariedad incorpora así un contenido positivo al exigir razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones, esto es, la voluntad, de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos”²¹⁸.

Por todo ello, la motivación desde la óptica del principio que ahora nos atañe, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no solo se presenta

²¹⁶ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, pp. 240 y ss.

²¹⁷ MUÑOZ MACHADO, S. (2015), Tomo III, *op. cit.*, p. 287.

²¹⁸ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, pp. 20, 243 y 245.

como un instrumento preventivo de la arbitrariedad sino también como garante de una actuación administrativa racional.

B) La motivación como instrumento preventivo de la arbitrariedad.

Constitucionalizado el principio de interdicción de la arbitrariedad, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, lo han aplicado para controlar las decisiones de todos los poderes públicos y aunque su aplicación en las decisiones legislativas ha sido más limitada, es de mencionar que en el ámbito judicial y administrativo se observa la curiosa coincidencia del uso del mismo parámetro para determinar la infracción del principio: el parámetro de la motivación²¹⁹.

Para algunos autores la motivación es considerada como un elemento central en la distinción entre las decisiones administrativas arbitrarias y las que no lo son y su ausencia implica por sí misma la existencia de una decisión basada en la exclusiva voluntad de quien la adopta y, por tanto, arbitraria. La motivación la presentan como primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario²²⁰.

Pese a ello, debemos ser cautos en afirmar que la ausencia de motivación arrastre siempre la arbitrariedad, pues no siempre la falta de motivación conduce a una arbitrariedad. La ausencia o insuficiencia debe considerarse como acertadamente apunta DESDENTADO DAROCA como “indicio de arbitrariedad”, manifestando que el elemento relevante para enjuiciar la arbitrariedad de una decisión no es realmente la motivación, sino los motivos, las razones de fondo que permiten justificar la decisión. Para esta autora es el conocimiento de las razones lo que permite examinar el proceso racional de formación de la voluntad administrativa y controlar su arbitrariedad, recalcando que lo verdaderamente relevante desde la perspectiva del control de la arbitrariedad no es si el acto incluye o no la correspondiente motivación, sino si se encuentra o no debidamente respaldado por razones suficientes y atendibles²²¹.

Los tribunales han encontrado en dicho principio un test para la verificación de la adecuación a Derecho de la actividad administrativa, siendo la motivación, de todos los posibles criterios empleados para determinar la arbitrariedad de la decisión, el más elegido. Aunque desde un primer momento las decisiones motivadas tienen una

²¹⁹ STC 155/2002, 22 Julio FJ 14 y 15; STS 30 Junio 1982 RJ 1982/5249 C9; STS 15 Octubre 1985 RJ 1985/4595 FJ 3; STSJ (Mad) núm.787/2001, 22 Junio FJ 2.

²²⁰FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (1991): “Arbitrariedad y discrecionalidad” en MARTIN RETORTILLO, S. (1991): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol.II, p. 2298; IGARTUA SALAVERRIA, J. (1998), *op. cit.*, p. 97.

²²¹DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, p. 87.

aparición de fundamentación objetiva, el papel que desempeña la motivación es fundamental porque sirve de modo concreto para conocer los argumentos que utiliza la Administración y es determinante, aunque no con carácter exclusivo, para prevenir la arbitrariedad de las decisiones administrativas.

C) La motivación como aval de una actuación administrativa racional.

El principio de interdicción de la arbitrariedad consagra un valor jurídico que se percibe como evidente en las sociedades modernas, el de racionalidad del actuar administrativo²²². El fundamento del deber de actuar racional entendido como principio político básico, se encuentra recogido, tras la aprobación de nuestra Constitución, de forma explícita en el párrafo tercero del artículo 9 al garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, aunque para algunos autores se ha encontrado en la idea de servicio al interés general²²³.

La actuación administrativa realizada en el ámbito de decisiones valorativas viene presidida por un deber positivo de comportamiento de modo objetivo en el que se pondere y valore las diferentes opciones escogiendo por parte de la Administración la más razonable y así adoptar la solución racional mejor posible²²⁴.

Para el logro de comportamientos racionales y decisiones razonables es importante tener en cuenta dos momentos, por un lado, el momento de ponderación de los datos y por otro el momento de la adopción de la decisión final, en los que debe existir una conexión lógica entre ambas operaciones, de tal manera que la decisión final sea consecuente con el material y las razones acreditadas en el expediente y siendo significativas en ambos la presencia de la motivación.

La ponderación efectuada en el procedimiento debe dar lugar a la existencia de una justificación racional en el expediente coherente con la realidad de los hechos por lo que en el desarrollo del comportamiento racional el procedimiento administrativo desempeña un papel significativo pues como apunta PONCE SOLE “el procedimiento si es correctamente diseñado y seguido ayuda a obtener decisiones más acertadas, más adecuadas al interés general, al forzar a la Administración al estudioso cuidado y atento de las alternativas existentes”²²⁵.

²²² AARNIO, A. (1991), *op. cit.*, p. 251.

²²³ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 215.

²²⁴ AARNIO, A. (1991), *op. cit.*, pp. 207 y ss.

²²⁵ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 235.

La configuración correcta del procedimiento impone una previa reflexión sobre la decisión que se pretende adoptar, con la práctica de pruebas y audiencia del interesado, en la que, en toda esta amalgama de tareas, la motivación recoge todas las reflexiones planteadas siendo partícipe en garantizar una actuación administrativa racional.

La decisión final adoptada debe guardar una racional conexión con el fundamento existente en el expediente y la motivación es prueba de ello. El deber de racionalidad implica, por tanto, no solo la existencia de un razonamiento lógico, sino la consistencia lógica entre éste y la decisión, conectando la racionalidad con la congruencia: “la resolución debe ser congruente con las actuaciones realizadas en la fase de instrucción del procedimiento”. De ahí la importancia del cumplimiento adecuado de una motivación, no solo basta que se dé sino que ha de ser congruente con los datos que obren en el expediente.

Lo racional es una exigencia del ordenamiento jurídico derivado de tal principio y se garantizará con el cumplimiento de una motivación adecuada y conforme a Derecho. La racionalización que la exigencia de resolución expresa entraña se acrecienta en los supuestos en que la resolución deba ser motivada, reduciéndose en tales casos la dosis de irracionalidad.

Por todo ello, la motivación avala el cumplimiento del mandato de la racionalidad actuando como instrumento para el logro de esta como valor jurídico.

1.2.3. El Principio de Proporcionalidad.

A) Aproximación del principio de proporcionalidad como límite a la restricción de derechos por los poderes públicos y como mandato de optimización.

La Constitución proclama ciertos valores, como la justicia, que vinculan a la actuación administrativa en términos generales. Dicha actuación aparece íntimamente relacionada con la noción de proporcionalidad que entra en juego como herramienta que posibilita un servicio objetivo efectuando una tarea de ponderación de situaciones de medios, fines..que hace posible el logro de decisiones objetivas y justas al servicio del interés general.

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, como en el resto de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países europeos, es común afirmar que el principio de proporcionalidad debe su existencia y reconocimiento a la jurisprudencia y a la doctrina más que al derecho positivo.

Por ello, es de reseñar por un lado, el notorio esfuerzo de formalización del propio principio procedente de altas instancias como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ejerciendo gran influencia en la jurisprudencia interna, en especial en la constitucional²²⁶, y por otro lado, la relevante labor doctrinal que desde un primer momento, mediante sólidas justificaciones alumbran la construcción técnica del principio de proporcionalidad, resultantes de valiosos y decisivos estudios²²⁷.

Pero sin duda lo que ha dotado de verdadero sentido a tal construcción ha sido la incorporación de manera progresiva de todo lo generado por la dogmática alemana a través del triple test de la proporcionalidad que engloba a su vez otros requisitos tales como el de idoneidad, el de adecuación y el de proporcionalidad en sentido estricto y que adquieren especial protagonismo al trasladar el principio a sus posibles ámbitos de aplicación²²⁸.

Tradicionalmente el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad ha sido la esfera de intereses del individuo frente la intervención pública, observándose una tendencia expansiva en la cual se entiende que el principio no solo opera como criterio de ponderación de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares, sino también adquiere una dimensión propia en el Derecho comunitario como criterio de articulación de las relaciones interordinamentales con los derechos de los estados miembros y en el Derecho interno como criterio orientador en la aplicación y control del ejercicio de distintas potestades, especialmente las discrecionales.

Ha sido en el contexto de la limitación de derechos por los poderes públicos donde se ha llevado a cabo la articulación técnica del principio de proporcionalidad para su correcta aplicación exigiéndose la superación del triple juicio, anteriormente mencionado, que opera como “un importante instrumento de valoración del canon de

²²⁶ La jurisprudencia constitucional asume la aplicación del principio de proporcionalidad por influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y posteriormente también por influencia de la propia doctrina científica alemana y española. Vid. GONZALEZ BEILFUSS, M. (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi; LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988): *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, *op. cit.*, pp. 51-73.

²²⁷ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988); BARNES, J. (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP* núm. 135 y (1998): “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, INAP; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (1994): Voz “Principio de Proporcionalidad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Vol. III, pp. 5.083-5.085; CARLON RUIZ, M. (2010): “El Principio de proporcionalidad” en SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Coord)(2010); SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. (2004): *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch; BERNAL PULIDO, C. (2005).

²²⁸ BARNES, J. (1994), *op. cit.*, pp. 497-515; CARLON RUIZ, M. (2010), *op. cit.*, pp. 206-208.

legalidad o constitucionalidad en su caso, de las intervenciones de los poderes públicos determinantes de limitaciones de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”²²⁹.

Junto a este ámbito clásico de aplicación, destaca una segunda funcionalidad del principio de proporcionalidad que desempolva sutil y hábilmente LOPEZ GONZALEZ de la doctrina alemana, el de ser un “instrumento de optimización de medidas” para la aplicación de otros principios como el principio de igualdad y los que protagonizan las razones imperiosas de interés general. El autor nos hace partícipe de este otro ámbito operativo del principio de proporcionalidad del que desvela “las exigencias positivas del principio para cooperar en la aplicación de otros principios que en cuanto mandatos de optimización exigen la adopción de medidas adecuadas necesarias y equilibradas para dar cumplimiento gradual y según las circunstancias concretas de cada caso, a los fines que como tales principios satisfacen en el ordenamiento jurídico”, y del que puntualiza que el principio de proporcionalidad “coopera con el mandato de optimización de estos fines, en la depuración de medidas que no respondan al triple juicio de idoneidad, necesidad y menor perjuicio para satisfacer la finalidad pretendida que derivan de la propia naturaleza relacional, proteica o relativa y de carácter negativo que se predica de aquél”²³⁰.

Por otra parte, la falta de positivización en Derecho español parece anunciar, en términos generales, una escasa operatividad del principio de proporcionalidad, ante lo cual la doctrina y la jurisprudencia no han dejado de indagar acerca del fundamento constitucional del principio, identificándolo como un principio latente, a pesar que el texto constitucional no hace referencia al mismo de forma expresa.

En el plano infraconstitucional, en cambio, teniendo como referencia al ordenamiento jurídico administrativo sí ha habido muestras de formulación que aunque en un principio se reconducía a ámbitos concretos de la actuación administrativa, como el local²³¹, hoy con la reciente aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el acceso a las

²²⁹LOPEZ GONZALEZ, J. I. (2014): “El Principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas” en GAMERO CASADO, E. (Dir.)(2014): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo blanch. p. 121.

²³⁰LOPEZ GONZALEZ, J. I. (2014), *op. cit.*, p. 127. El autor en el estudio particular conecta el principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas y refleja como el artículo 39 bis trata el principio de proporcionalidad como criterio legal de regulación mínima necesaria para optimizar la “buena regulación”.

²³¹ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, pp. 20-22.

actividades de servicios y su ejercicio, conocida como “Ley Omnibus”, aprobada dentro del proceso de transposición de la Directiva de servicios, se puede contemplar una formulación más general y completa del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. El nuevo artículo 39 bis apartado primero de la LRJPAC da entrada al principio en una formulación que afecta a la actividad de todas las Administraciones Públicas no solo en su vertiente de control de las intervenciones públicas en el ejercicio de derechos por adopción de medidas o exigencia de requisitos, sino también como mandato de optimización, pues como acertadamente apunta LOPEZ GONZALEZ se trata de un precepto que “sintetiza perfectamente el principio de proporcionalidad aplicado a la limitación de derechos y libertades, tanto en su significación clásica como en la actual de optimización de la mejora de la regulación, mediante la simplificación de procedimientos y reducción de cargas administrativas”²³².

B) La motivación como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad: su reflejo en los actos administrativos sancionadores y en aquellos que limitan derechos fundamentales.

Frente a las intervenciones de los poderes públicos que limiten derechos, libertades o intereses de los particulares, el principio de proporcionalidad se presenta como un instrumento de control jurídico que verifica la legalidad de la medida adoptada, operando a través de un proceso valorativo de ponderación justificada y razonable de los elementos de la norma habilitante- presupuesto de hecho, los medios y el fin-, para declarar finalmente si se adecua o no tal medida al ordenamiento jurídico. En la esencia de este principio relacional, como así lo denominara tiempo atrás BARNES VAZQUEZ en un estudio particular, es donde se encuentra la valoración de una ecuación medio-fines en la que se compara dos magnitudes: “los medios a la luz del fin” quedando condicionada la actividad administrativa al determinar, que si existen diferentes alternativas para alcanzar los fines, se debe optar por la menos restrictiva de derechos²³³.

La adopción de medidas desproporcionadas por parte de la Administración supone una quiebra de la regularidad y normalidad de producción normativa y aplicación del Derecho Administrativo no cumpliéndose de manera satisfactoria el principio de legalidad, de ahí la importancia de un control de proporcionalidad de la acción administrativa.

²³² LOPEZ GONZALEZ, J. I. (2014), *op. cit.*, p. 137.

²³³ BARNEZ VAZQUEZ, J. (1998), *op. cit.*, p. 17.

La superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y equilibrio opera como un instrumento de valoración de la legalidad de dicha intervención o medida que lleva implícito el deber legal de su motivación expresa y garantiza un correcto cumplimiento y respeto al principio de proporcionalidad. La presencia de la motivación es evidente, de ello no cabe duda, sobre todo cuando se efectúa un control de la proporcionalidad *a posteriori* actuando el principio como parámetro de control de excesos de intervención correspondiendo a la Administración trasladar en la motivación “la adecuación de la medida para proteger el interés público, su necesidad como medida menos restrictiva y el equilibrio de la medida con la tutela de otros bienes jurídicos implicados en cada caso concreto”²³⁴.

La conexión de la motivación con el principio de proporcionalidad se deja entrever tanto a través de enunciados legislativos como de concretos dictados jurisprudenciales. En relación a los primeros y con la reforma de la LRJPAC producida a raíz de la transposición de la Directiva anteriormente mencionada, el legislador impone la exigencia necesaria de la motivación mencionándola de manera explícita y clara según se deduce de lo previsto en el artículo 39 bis

“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorio”.

El juicio de proporcionalidad, en relación con la adopción de medidas que limiten el ejercicio de derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, se hará efectivo ante presupuestos tales como la elección de la medida menos restrictiva, la motivación de su necesidad para proteger el interés general y la justificación de su adecuación para el logro de los fines que se persiguen. La justificación razonada de tales presupuestos legales anuncian la efectividad del principio de proporcionalidad facilitando el control jurisdiccional de la actividad administrativa

²³⁴ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (2014), *op. cit.*, p. 125.

ante el posible incumplimiento de dicho principio, de ahí la importancia sublime de la adecuada motivación como exigencia ineludible que garantiza y cumplimenta el principio de proporcionalidad.

Las decisiones jurisprudenciales exponen a la motivación como medio para enjuiciar la proporcionalidad de la restricción del derecho y hacen uso de ella como herramienta fundamental que cumplimenta dicho principio pues entienden que les auxilia en el contraste que deben efectuar tales órganos del triple juicio de valoración de la medida empleada, generando por ello una significativa revalorización de su figura. De todas ellas, una materia que debemos resaltar por la evidente conexión entre la exigencia de motivación y el principio de proporcionalidad es sin duda la materia sancionadora, en la que de entrada dicha conexión queda latente en un aspecto tan relevante como es la justificación de la sanción impuesta por el órgano competente que configura a su vez, entre otros, el contenido mismo de la motivación de las resoluciones sancionadoras. No es suficiente con motivar en la resolución sancionadora la culpabilidad del administrado responsable de la infracción, evidenciando la acreditación de los hechos constitutivos del ilícito y la participación de aquél en los mismos; se hace imprescindible también que la sanción se adecue a las exigencias del principio de proporcionalidad, lo cual puede lograrse como recuerda GARBERÍ LLOBREGAT mediante la oportuna motivación de los elementos o circunstancias atenuatorias o agravatorias tomadas en consideración para calcular el montante o duración de la sanción definitivamente impuesta²³⁵.

Los tribunales destacan que debe ser objeto específico de motivación, los criterios y razones determinantes de la sanción y su concreta extensión, especialmente si no se ha optado por el grado mínimo de la sanción, y aunque tal exigencia mantiene nexos con otros principios, bien es cierto que la jurisprudencia alude al principio de proporcionalidad como el argumento más reiterado. Así se desprende de una sentencia del Tribunal Supremo relativa a la sanción disciplinaria impuesta a un funcionario

“..la potestad sancionadora no tiene carácter discrecional y esto conlleva que, cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada de la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de

²³⁵ GARBERI LLOBREGAT, G. (2012): *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, Vol. I, Bosch

las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo. Así lo impone la interdicción de arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución y también el principio de proporcionalidad comprendido en las garantías del artículo 25 del mismo texto constitucional.”²³⁶

De forma especial en materia de extranjería, las declaraciones jurisprudenciales no dudan en reflejar la vinculación existente entre la exigencia de motivación y el principio de proporcionalidad²³⁷, en concreto en aquellos supuestos en los cuales se impone una sanción más grave o elevada que la establecida con el carácter de mínima, como la de expulsión del en lugar de la multa, manifestando que

“podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad , en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”²³⁸.

“En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa”²³⁹

²³⁶ STS 25 Septiembre 2003 Rec. 527/1998 FJ 2-

²³⁷ STS 26 Enero 2015 Rec. 1526/2013 FJ 8.

²³⁸ STSJ (País Vasco) núm. 314/2014, 4 Junio FJ 4.

²³⁹ STS 25 Octubre 2007 Rec. 2260/2004 FJ 5; STS 27 Abril 2007 Rec.981/2003 FJ 4; STSJ (Murcia) núm.257/2009, 23 Marzo FJ 2; STSJ (And) núm.2590/2008, 24 Octubre FJ 2; STSJ (Murcia) num.418/2006, 19 de Mayo FJ 2.

En la misma línea de exposición se expresa el Tribunal Supremo en otro pronunciamiento claro y contundente que hace referencia a la sanción impuesta debido a la competencia desleal entre notarios

“La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable”²⁴⁰.

A todos estos supuestos se le suma una larga lista de materias que igualmente reflejan la aludida conexión entre motivación y principio de proporcionalidad como las sanciones impuestas en ámbitos relativos al transporte por carretera²⁴¹, aguas²⁴², los Colegios profesionales²⁴³ y tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial²⁴⁴.

Por otra parte, las alusiones jurisprudenciales a la conexión entre el principio y la exigencia que comentamos se acrecienta a su vez en aquellos supuestos de limitación de derechos fundamentales; así en el caso concreto del ejercicio de derecho de huelga con la delimitación de los servicios esenciales y su consecuente establecimiento de servicios mínimos, la motivación es considerada como “requisito imprescindible para poder analizar la proporcionalidad en la restricción del derecho fundamental de huelga que el acto de fijación de servicios mínimos supone”²⁴⁵.

“La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el por qué de los mismos. Poseen, además una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los establece porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el

²⁴⁰ STS 4 Marzo 2005 Rec. 2917/1999 FJ 3.

²⁴¹ STSJ (Cat) núm.471/2004, 28 de Mayo FJ 2

²⁴² STSJ (Mad) núm.685/2014, 22 de Diciembre FJ 3

²⁴³ STSJ (Mad) núm.908/1998, 14 Octubre FJ 8

²⁴⁴ JCA (Murcia) núm 328/2007, 18 Mayo FJ 2; JCA (Murcia) núm. 226/2007, 21 Marzo FJ 2; JCA (Murcia) núm. 131/2007, 12 Marzo FJ 4; JCA (Murcia) núm. 172/2007, 16 Febrero FJ 3 y 4.

²⁴⁵ STS 11 Marzo 2009 Rec. 3784/2005 FJ 6; STS 21 Enero 2008 Rec. 2685/2005 FJ 1.

sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución²⁴⁶,”

En estos supuestos concretos de delimitación de servicios mínimos, la jurisprudencia es muy estricta en no admitir como suficiente, motivaciones que con “indicaciones genéricas” hagan referencia a tales servicios y de las cuales “no quepa inferir criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone”²⁴⁷, obligando así a la Administración en aquellos actos que afecten a derechos fundamentales a hacer una motivación que pondere las concretas circunstancias concurrentes y razone en su resolución los motivos que justifican la resolución acordada.

Con todo lo anterior y a modo de recapitulación, podemos afirmar sin titubeos el papel tan significativo que demuestra la motivación cuando se efectúa un control *a posteriori* de la proporcionalidad, al actuar el principio como parámetro de control de excesos de intervención administrativa ante la adopción de medidas restrictivas de derechos y libertades. No obstante debemos ser coherente con lo expuesto en líneas anteriores, y manifestar también la presencia de la motivación cuando actúa como mandato de optimización, produciéndose en estos casos un control *a priori* de la proporcionalidad.

En virtud de ello y entendida la proporcionalidad, por tanto, como un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya acordada y que la propia estructura del principio consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada que ha sido aceptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control, nos lleva a plantear la posibilidad que el control de proporcionalidad pueda ser ejecutado *ex ante* con una finalidad prospectiva por el sujeto llamado a adoptar la medida. En este caso, el mismo sujeto que adopta la decisión aplica el principio de proporcionalidad con el fin de anticipar cuál habría de ser el resultado de dicho juicio de control y, en particular, si la medida se encuentra o no en condiciones de satisfacerlo. En definitiva, no es extraño y quizás debería serlo aún menos, que quien adopta la medida anticipe preventivamente el (auto)control de proporcionalidad. Sobre este aspecto se pronuncia ARROYO JIMENEZ al considerar que

²⁴⁶ STS 26 Diciembre 2012 Rec. 27/2012 FJ 5.

²⁴⁷ STC 51/1986, 24 de Abril FJ 4 y 5; STC 53/1986, 5 de Mayo FJ 6.

“probablemente sea éste el supuesto del que parten quienes afirman que el juicio de ponderación consiste en una sucesión de estadios entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad. Y de la misma manera, el sujeto titular de la función de control, a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad sobre una medida adoptada por otro sujeto, ha de ponerse también en la posición de éste último para verificar, entre otras cosas, que la medida no es manifiestamente innecesaria ni genera un sacrificio manifiestamente excesivo o desproporcionado en sentido estricto. Al igual que en el caso anterior, es posible que aludan a esto quienes sostienen que la ponderación es una parte del test de proporcionalidad”²⁴⁸.

Finalmente, el mismo autor puntualiza además, que por más saludable que resulte la proyección *ex ante* del juicio de proporcionalidad, y por más necesario que resulte para quien controla las decisiones ajenas ponerse en el lugar de quien las adopta, no conviene perder de vista que “el juicio de ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control”, siendo ambas instituciones heterogéneas²⁴⁹. Por todo ello, la motivación debe entenderse tanto un instrumento que refleja el resultado del juicio de ponderación como un instrumento de control que actúa como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad de la decisión administrativa adoptada.

C) La coincidencia semi-plena de los elementos de la proporcionalidad con los sumandos de la motivación.

El nexo que mantiene la motivación con el principio de proporcionalidad no es nada frágil como lo demuestra una curiosa coincidencia que se produce casi en su totalidad y no debemos dejar pasar desapercibida relativa a los tres elementos esenciales recogidos en la norma jurídica habilitante -presupuesto de hecho, medios y fin-materializados en el contenido mismo de las potestades administrativas y sobre los cuales el principio de proporcionalidad de la actividad administrativa procede a un proceso valorativo, con dos de los sumandos que conforman la motivación, el

²⁴⁸ ARROYO JIMENEZ, L. (2009): “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, pp.15-16.

²⁴⁹ ARROYO JIMENEZ, L. (2009), *op. cit.*, p. 16. El juicio de ponderación y el juicio de proporcionalidad están estrechamente relacionadas entre sí en los términos siguientes: por un lado, la comprobación de la corrección de una relación de precedencia condicionada comprende la aplicación del principio de proporcionalidad a la regla que expresa el resultado de la ponderación: por otro lado, el control de proporcionalidad de una medida que afecte negativamente a un principio implica el control de la corrección de una ponderación previa, ya realizada, entre ese principio y aquél al que sirve la medida.

presupuesto y el fin, y que serán objeto de atención de nuestro estudio en el siguiente capítulo.

La situación de hecho, como elemento de la proporcionalidad, pone de manifiesto los bienes, derechos e intereses que concurren y que serán objeto de tratamiento por la Administración al valorar de forma conjunta las múltiples circunstancias que pueden darse y las exigencias del interés o intereses públicos. Siendo un elemento esencial para la legalidad de la actuación administrativa, autores como LOPEZ GONZALEZ, en la presentación que elegantemente hace del presupuesto de hecho, no duda en estimar “la conveniencia de generalizar el deber de la Administración de motivar siempre sus actuaciones jurídicas como exigencia de legalidad en el comportamiento de los Poderes Públicos que posibilitaría una mejor aplicación de las potestades administrativas y desde luego un control más completo y sustantivo de la actividad de la Administración”²⁵⁰.

Por otro lado y desde la óptica del principio de proporcionalidad, el fin de la actuación administrativa interesará no por el hecho de si la Administración persiga o no el concreto fin previsto en la norma sino por “el proceso de valoración que la Administración haga del interés público que concurre en la situación concreta”²⁵¹ y que en ocasiones se caracterizará por el hecho de estar presentes distintos intereses públicos, exigiendo de la Administración un proceso de ponderación y valoración de tales intereses para discernir el bien jurídico, interés o derecho que prevalece en cada situación²⁵².

La inclusión en la motivación de ambos elementos de la proporcionalidad, el presupuesto fáctico como el fin, consolida su papel en el proceso del control de la legalidad de la actuación administrativa, pues se comprueba que la medida adoptada lo ha sido, superando el juicio valorativo al que están sometidos las decisiones administrativas en aplicación del principio de proporcionalidad.

En definitiva, el principio general de proporcionalidad postula y hace exigible la motivación generalizada de cuantas actuaciones administrativas se desarrollen. La importancia de una adecuada y correcta motivación conforme a derecho crece al ser

²⁵⁰ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, p. 120.

²⁵¹ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, p. 122.

²⁵² Sobre la relación entre el método de ponderación y la proporcionalidad vid. entre otros, ARROYO JIMENEZ, L. (2009); ORTEGA ALVAREZ, L. y DE LA SIERRA MORON, S. (Dirs.): *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.; RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona; LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1998), *op. cit.*, p. 135 y ss.; BARNES, J. (1998).

conscientes que con ello se cumplimenta la proporcionalidad garantizando tanto la seguridad jurídica y la legalidad de la actuación administrativa.

1.3. Principios jurídico-administrativos.

Los principios jurídicos, como ya apuntara tiempo atrás DE CASTRO, constituyen la “parte permanente del Derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica”²⁵³. Gran parte de los principios generales del ordenamiento jurídico surgen de las inquietudes sociales, de las nuevas necesidades y de la convicción social que el pueblo va adquiriendo; son principios que emergen de la mutación que se produce en la conciencia social²⁵⁴. De algunos de ellos comprobaremos a continuación como retienen de una manera u otra la presencia de la motivación manteniendo importantes conexiones.

1.3.1. El Principio de Buena Administración y el procedimiento administrativo “adecuado”.

A) Alcance y reflejo en el ordenamiento jurídico español del Principio de buena Administración: la motivación como contenido del derecho a la buena administración.

La buena administración es una noción gestada en el Derecho comunitario europeo que se ha ido plasmando en los Tratados y en el Derecho Comunitario derivado de manera muy reciente. El reflejo de la existencia positiva del derecho a la buena administración parte de la Recomendación R(80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia .

Principalmente, ha sido la jurisprudencia comunitaria la que ha ido modelando la buena administración como un principio general del Derecho Comunitario presentándose como límite y parámetro de legalidad de la acción comunitaria. La misma

²⁵³ DE CASTRO, F. (1994), *op. cit.*, p. 420.

²⁵⁴ DIEZ PICAZO mantiene que lo que dota de valor a los principios generales del Derecho es la convicción social, que es quién los crea y quien en definitiva los mantiene. En la misma línea SANTAMARIA PASTOR afirma que son “aquellas reglas que la *communis opinio* de los actores de un sistema jurídico, en cada momento histórico, considera efectivamente que son Principios Generales del Derecho

jurisprudencia ha extraído principios y garantías que dejaban entrever la legalidad comunitaria, tanto en el plano formal como en el sustantivo²⁵⁵.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene en su artículo 41 la primera delimitación positiva del derecho de buena administración elevándolo al rango de derecho fundamental de los ciudadanos europeos, como ya tuvimos ocasión de comentar en el capítulo anterior. Remitiéndonos a él de forma breve recordamos que el precepto se formula como un derecho complejo, integrado por otros derechos que fueron concebidos en origen no como derechos, sino como reglas de buenas prácticas administrativas, como normas procesales de obligada observancia por la Administración europea. Es la primera vez que en el acervo comunitario se recogen en un texto único el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todos aquellos que vivan en el territorio comunitario²⁵⁶.

Desde época muy temprana, en determinadas disposiciones normativas se deja constancia en sus respectivas exposiciones de motivos referencias explícitas del término “buena administración” como el Decreto de 14 de septiembre de 1872 cuando señala que “la buena administración antes se favorece que se perjudica con facilitar la publicidad en el expediente, la intervención de los interesados y el señalamiento de ciertas reglas generales que sea garantía de imparcialidad” y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA- que manifiesta ...”Y así, la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración“.

Ciñéndonos a la normativa vigente y a pesar que nuestra Constitución no reconoce de manera expresa en su Título I el derecho a una buena administración, ello no ha impedido que se demuestre interés por su estudio, generándose alguna que otra aportación doctrinal que permite vislumbrar su reflejo, si no de forma expresa, sí implícita en dicho texto. Por un lado, PONCE SOLE en un análisis exhaustivo y pormenorizado del deber de buena administración, en alusión a su fundamento

²⁵⁵ STJCE 31 Marzo 1992, asunto C-255/90, caso J. L. Burban/Parlamento Europeo, Rec.1992, p. I-2253. STPI 18 Septiembre 1995, asunto T-167/94, caso Nölle (Consejo y Comisión, Rec. 1995, p. II -2589 y STPI 9 de Julio 1999, asunto T-231/97, caso New Europe Consulting y otros, Rec.1999, p. II-2406.

Vid. LINDE PANIAGUA, E. L (2012): “Naturaleza y caracteres de la Unión Europea” en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2012): *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6º ed., Colex Editorial, p. 163.

²⁵⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A. (2004), *op. cit.*, pp. 1719-1721.

constitucional, considera que a pesar de la falta de previsión constitucional expresa, nuestro texto constitucional sí consagra implícitamente un “deber jurídico de buena administración“, entendido como un deber de diligencia que se correspondería con un derecho “al procedimiento administrativo debido”²⁵⁷, y por otro lado, AVILA RODRIGUEZ, encuentra del análisis del Título IV, relativo al Gobierno y la Administración, pronunciamientos semejantes al haz de facultades que reconoce el artículo 41 de la Carta como integrantes del derecho a una buena Administración²⁵⁸.

Las modificaciones recientes de algunos Estatutos de Autonomía como el catalán, balear, castellano-leonés y andaluz, han reconocido a la buena administración como un derecho de la ciudadanía, un derecho-garantía, con la salvedad que la regulación estatutaria de cada Comunidad autónoma lo concibe con un contenido diferente²⁵⁹. Tales previsiones invitan a suscribir las palabras apuntadas por AVILA RODRIGUEZ al señalar que “una vez más observamos que las Comunidades Autónomas...contribuyen a la evolución del ordenamiento jurídico y comienzan a diseñar, un derecho que debería terminar con un necesario reflejo expreso en el texto constitucional”²⁶⁰, como señala AVILA RODRIGUEZ y las cuales suscribimos.

Por otro lado, junto a la inquietud del legislador en la conformación del principio que nos atañe, es conveniente reseñar las aportaciones doctrinales. Las primeras referencias interesadas en delimitar el concepto de buena administración son escasas y algo difusas como se desprenden de las declaraciones de autores como POSADA HERRERA que de forma explícita se refiere a la Administración señalando que no solo debía actuar conforme al ordenamiento, sino además actuar bien, conforme a “reglas de buena Administración”²⁶¹ y GARCIA TREVIJANO FOS, que considera que las normas de buena administración “deben dirigir toda la Administración Pública”²⁶². En cambio, otros como BASSOLS lo presentan como un verdadero principio, cuando manifiesta que los principios de objetividad y eficacia del artículo 103 CE “suponen también de forma

²⁵⁷ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, pp. 160-161. A esta conclusión llega el autor después de un análisis de la buena administración desde una triple perspectiva, doctrinal, legal y jurisprudencial. De forma detallada y pormenoriza realiza también el tratamiento europeo de la buena administración, pp. 139 y ss.

²⁵⁸ AVILA RODRIGUEZ, M. (2013), *op. cit.*, pp. 172 y ss.

²⁵⁹ Vid. CARRILLO DONAIRE, J. A. (2012): “Comentario al artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía: Buena administración“ en CRUZ VILLALON, MEDINA GUERRERO, M. (2012): *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, pp. 500 y ss; PONCE I SOLE, J. (2012): “El derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión“ en TORNOS MAS, J. (2012), *op. cit.*, pp. 242-244.

²⁶⁰ AVILA RODRIGUEZ, M. (2013), *op. cit.*, p. 181.

²⁶¹ POSADA HERRERA, J. (1978): *Lecciones de Administración* Tomo I, INAP, p. 52.

²⁶² GARCIA TREVIJANO FOS, J. A. (1961): “Administración Pública española y norteamericana” en AAVV *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, TIII, Vol I*, IEP, Madrid.

implícita la consagración de la buena administración como marco institucional de su actuación²⁶³.

Recientemente y de forma paulatina el interés hacia la delimitación de la buena administración va creciendo y cada vez son más numerosas las contribuciones doctrinales al respecto que muestran, a su vez, una lógica preocupación por la calidad de la actuación administrativa²⁶⁴.

Nuestro ordenamiento y especialmente el Derecho autonómico acogen el principio de buena administración, otorgándole nuevas dimensiones que en su mayoría incluyen derechos subjetivos preexistentes. CARRILLO DONAIRE reflexiona sobre ello con una relectura de tales derechos que engloba el “derecho a una buena administración”, presentándola con “una visión de conjunto de tales derechos que afloran frente al mal hacer, al no hacer o al hacer tardío de la Administración reuniendo bajo el paraguas de la buena administración ciertas exigencias estandarizadas de calidad en la prestación de los servicios públicos y derechos incardinados en la gestión procedimental, como la motivación de las decisiones. Así la buena administración emergería como un derecho instrumental que se concibe en función de otros derechos subjetivos ubicados en el procedimiento administrativo, un derecho instrumental cuya mayor operatividad es, aparte del valor unificador y potenciador de otros derechos, coadyuvar a la defensa de los mismos mediante garantías específicas de naturaleza extrajudicial”²⁶⁵.

²⁶³ BASSOLS COMA, M. (2000): *La Administración de las Comunidades Autónomas*, INAP y (1982): “El principio de buena administración y la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas” en AAVV: *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. I, pp. 261 y ss.

²⁶⁴ AVILA RODRIGUEZ, M. (2013): *La tutela Parlamentaria de la Buena Administración. Perspectiva estatal y autonómica de los comisionados parlamentarios*, Aranzadi, p. 172; AVILA RODRIGUEZ, C. y GUITERREZ RODRIGUEZ, J. F. (coords)(2011): *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch; RODRIGUEZ ARANA, J. (2011): “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad de ciudadano en el Derecho Administrativo”, en *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Amicorum Enrique Rivero Ysern* (Coords.) SANCHEZ BLANCO, A. DOMINGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J. L.; CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010): “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?” en SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2010), *op. cit.*, p.1163; GUTIERREZ RODRIGUEZ, J. F. (2009): *El derecho de la ciudadanía a una buena administración*, Málaga, p. 125-197; MARTIN RETORTILLO BAQUER, L. (2015): “La Carta europea, el derecho a una buena administración y el procedimiento administrativo” en REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015): *Régimen jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel; LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2007): “La buena administración en la Administración General del Estado”, *Actualidad Administrativa*, núm.4, pp. 405-414; GALAN VIOQUE, R. (2005): “El derecho a una buena administración”, *Revista de la Facultad de Derecho, Cronica sevillana*, núm. 1; PONCE SOLE, J. (2001): *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*. Universitat de Barcelona.

²⁶⁵ CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010), *op. cit.*, p. 1163.

El mismo autor nos despierta interés hacia el principio de buena administración desvelando que puede jugar un papel más significativo que el que desempeñan los límites negativos a la discrecionalidad o el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, estimándolo como el pilar donde ha de cimentarse el “control de calidad” de la decisión discrecional, pues no se limita única y exclusivamente a consagrar el deber de la Administración de no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera el de limitarse a cumplir con la legalidad, sino el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de “acertar” que a la de “no fallar”²⁶⁶.

Por otra parte, también es de destacar la aportación de otros autores que aunque no dudan en considerarlo como factor decisivo de evolución, progreso y sistematización en el Derecho Administrativo comunitario, especialmente en la toma de decisiones y de procedimiento, y como el germen de un verdadero principio, sí en cambio vacilan en otorgarle la categoría de principio general del derecho comunitario con un contenido preciso, pues su uso frecuente se produce en el contexto de la específica forma de razonamiento de los órganos judiciales comunitarios en términos muy amplios e indeterminados y en relación con otros principios de carácter procedimental²⁶⁷.

En lo referente a la jurisprudencia tempranos pronunciamientos son los que conectan la buena administración con el procedimiento administrativo y con el ejercicio de la discrecionalidad²⁶⁸.

En definitiva, se considere principio, derecho o deber es interesante desde la perspectiva de la toma de decisiones administrativas la importancia del papel que desempeña el principio de buena administración como deber de medios y como parámetro de calidad de las decisiones administrativas, tal como apunta PONCE SOLE en un excelente trabajo en el que propugna una reforma del procedimiento administrativo en el que el deber de buena administración se configure, por un lado, como vector principal de la obligación legal de seguimiento de un procedimiento administrativo debido y de otro, promovido por instituciones europeas, como parámetro

²⁶⁶ CASTILLO DONAIRE, J. A. (2010), *op. cit.*, p. 1160.

²⁶⁷ PAREJO ALFONSO, L. (2000): “Los principios generales del Derecho Comunitario” en PAREJO ALFONSO, L., DE LA QUADRA SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO, T.; MORENO MOLINA, A. M. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000), *op. cit.*, p. 85.

²⁶⁸ STS 28 Septiembre 1998 Rec.6924/1992 FJ 10; STS 15 Marzo 1997 RJ 1997/1677 FJ 4; STS 21 Febrero 1979 RJ 1979/1820 Cdo.1 .

de control interno o procedimental de la discrecionalidad²⁶⁹ y de indicio de calidad de la gestión administrativa²⁷⁰.

En virtud de todo lo expuesto, la primera cláusula que recoge el artículo 41 es el principio de diligencia en el tratamiento de los asuntos al disponer que “toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”, y que junto a la necesidad de motivar las decisiones administrativas, han sido tomadas por el TJCE para controlar las decisiones adoptadas por la Administración europea, en especial las decisiones adoptadas en el ejercicio de potestades discrecionales. De ello se deduce que la exigencia de la motivación es clave para controlar la decisión administrativa pues permite conocer si la Administración cumplió con su deber de diligencia en la adopción de acuerdos, constituyendo a su vez un elemento esencial para la defensa de los afectados por decisiones administrativas adversas a sus intereses²⁷¹.

En relación a las garantías procedimentales, no solo se ha extendido la protección del *status* defensivo de los ciudadanos a cualquier procedimiento que pueda perjudicarlo o del que pueden derivarse decisiones o actos favorables para el interesado con la garantía central del derecho de audiencia, sino creemos también con la propia motivación como otro de los aspectos formales que garantizan la ecuanimidad y razonabilidad de las decisiones administrativas, aparte de constituir un elemento esencial de su control jurídico.

Por todo ello, la motivación de la actuación administrativa se entiende como una manifestación concreta del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que relanza la “bondad material” de la actividad administrativa²⁷², aspecto sobre el cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones con una variada casuística relativa tanto a la contaminación atmosférica como al mercado de valores, concesiones mineras y energía de gases, coincidentes todas ellas en considerar al unísono la motivación como contenido del derecho a la buena administración en los términos siguientes

²⁶⁹ Recomendación del Comité de Ministros de la Unión Europea 11 marzo 1980 y Libro Blanco adoptado por la Comisión Europea, 1 marzo 2000.

²⁷⁰ PONCE SOLE, J. (2001), *op.cit.*, p. 127.

²⁷¹ NIETO GARRIDO, E. (2010): “Administración Europea y derechos fundamentales: los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter personal” en NIETO GARRIDO, E. y MARTIN DELGADO, I. (2010), *op. cit.*, p. 62.

²⁷² SOUVIRON MORENILLA, J. M. (2011): “Sentido y alcance del derecho a una buena administración”, en AVILA RODRIGUEZ, C. y GUITERREZ RODRIGUEZ, J. F. (coords) (2011).

“tal obligación de la Administración se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”²⁷³.

B) El despuntar de un nuevo principio de simplificación procedimental: la motivación como técnica de simplificación administrativa.

La buena administración centra sus esfuerzos en técnicas orientadas a la racionalización del procedimiento para lograr una gestión administrativa más eficiente ejerciendo como estrategia complementaria de una serie de actuaciones necesarias para adecuar la Administración a los nuevos retos a los que se enfrenta. La simplificación administrativa aglutina toda esa serie de actuaciones que no constituye un fin en sí misma sino que, como cualquier actividad administrativa, es un medio que debe ponerse al servicio de los intereses generales, los cuales deben concretarse para cada tipo de intervención en la actividad de los particulares, no siendo correcto generalizarlos a todos los ámbitos²⁷⁴. En un sentido amplio, la simplificación no solo se proyecta en la modernización o reforma administrativa con medidas de carácter organizativo y tecnológico para mejorar la eficacia de la actuación administrativa sino también en el procedimiento en sí para hacerlo menos complejo y eficiente²⁷⁵.

Esta última modalidad de simplificación administrativa, la simplificación de los procedimientos, no se predica de ser un tema novedoso en nuestra disciplina²⁷⁶, pues el interés hacia ella se ha manifestado desde tempranas declaraciones, acrecentado en los

²⁷³STS 8 Noviembre 2011 Rec.211/2010 FJ 3; STS 3 Mayo 2011 Rec.145/2010 FJ 2; STS 15 Octubre 2010 Rec.645/2008 FJ 6; STS 19 Noviembre 2008 Rec. 318/2005 FJ 4; STS 23 Mayo 2005 Rec. 2414/2002 FJ 6; STS 30 Noviembre 2004 Rec. 3456/2002 FJ 3.

²⁷⁴ALDOMA BUIXADE, J.(2012): “Medidas de simplificación administrativas” en TORNOS MAS, J. (2012), *op. cit.*, pp. 335-340.

²⁷⁵MARTIN- RETORTILLO BAQUER, S. (1998): “De la simplificación de la Administración Pública“, RAP núm. 147, p. 8. Distingue entre simplificación normativa, dirigida a reducir la complejidad del sistema normativo; simplificación orgánica, que conduce a mejorar las estructuras u organizaciones públicas; y simplificación procedimental, mediante la que se pretende intervenir sobre los procedimientos administrativos para hacerlos menos competitivos y más eficientes.

²⁷⁶MARTIN RETORTILLO BAQUER, S. (1998) y TORNOS MAS, J. (2000): “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, RAP núm.151, p. 42.

últimos años por valiosas aportaciones y de manera especial a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios²⁷⁷.

Recientemente, una de ellas es el estudio pormenorizado que GAMERO CASADO realiza de la simplificación de procedimientos circunscrita a elementos puramente formales o de gestión y tramitación procedimental, diferenciando la reducción de cargas administrativas de la agilización y racionalización del procedimiento. A partir del nítido trazado que realiza tanto de las técnicas de simplificación de procedimiento como de las metodologías que contribuyen a su aplicación, nos invita a reflexionar que estamos en presencia del despuntar de un nuevo principio jurídico de simplificación del procedimiento administrativo, propio y específico del ordenamiento jurídico-administrativo, formulándolo como aquel que “promueve su configuración y tramitación de la manera más eficiente posible para armonizar todas las funciones que le corresponden”²⁷⁸.

El diseño expuesto del régimen jurídico de este “principio genuinamente jurídico-administrativo” con sólidos argumentos no le acobarda al autor para resaltar que “la categorización jurídica de la simplificación del procedimiento administrativo constituye a día de hoy una verdadera exigencia, una imperiosa necesidad que reclama no solo la coherencia institucional del Derecho administrativo en cuanto que rama científica, sino que además representa una verdadera exigencia social; una aspiración colectiva que se traduce en una reivindicación hacia los poderes públicos en general, y hacia la Administración en particular, para que responda a las aspiraciones sociales

²⁷⁷GAMERO CASADO, E. (Dir.)(2014); GAMERO CASADO, E. (2013): “Simplificación del procedimiento administrativo: una respuesta idónea desde el Derecho Administrativo ante la crisis”, comunicación presentada en el VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Alicante los días 8 y 9 de febrero; GAMERO CASADO, E. (2012): “El impacto de la Directiva de servicios en la ventanilla única y en la administración electrónica” en AGUADO CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (Coords): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas*, Atelier; RIVERO ORTEGA, R. (2011): “Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista catalana de Dret Public*, núm. 42; MELLADO RUIZ, L. (2011): “Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317; ANALS I AMETLER, D. (2010): “Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: objetivos, medios e incidencias” en MOREU CARBONELL, E. (Dir.): “Impacto de la Directiva Bolkstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo”, IX Monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*; VILLAREJO GALLENDÉ, H. (2008): “La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14.

²⁷⁸GAMERO CASADO, E. (2014): “Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado”, Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Santiago de Compostela los días 7 y 8 de febrero, *op. cit.*, p. 46.

contemporáneas: mantener un sistema de Administraciones públicas más eficiente, que satisfaga plenamente las razones que justifican su propia existencia (la plena realización del interés general), del modo menos invasivo posible, ampliando correlativamente, y tanto como quepa, el espacio de la libertad ciudadana”²⁷⁹.

GAMERO CASADO concluye en sus razonamientos que “la simplificación de procedimientos no puede suponer una supresión anárquica y acrítica de los trámites, las cargas y los contenidos de los procedimientos administrativos” debido a que el procedimiento administrativo desempeña diversas funciones que deben integrarse para lograr sus fines y por ello propone que el juego combinado de todos estos elementos “muestra un desplazamiento del procedimiento administrativo debido con el que se enfatiza primordialmente la calidad de la decisión, hacia otra posición en la que ese parámetro sigue vigente pero se modula mediante el principio de simplificación del procedimiento y conduce a una nueva dimensión, en la que ambos paradigmas deben conciliarse armónicamente, dando lugar al procedimiento administrativo adecuado: el que equilibra las exigencias formales de la tramitación respecto a las finalidades sustantivas implicadas en el procedimiento, cumpliendo de la mejor manera posible el global de sus funciones” no pretendiendo como apunta este especialista “desmantelar la buena administración y guardarla en un cajón, sino hacerla avanzar hacia un punto posterior en la evolución del pensamiento jurídico-administrativo en el que se toman asimismo en consideración otros ingredientes que influyen de manera decisiva en la conformación del procedimiento y en el papel constitucional que corresponde a la Administración, convirtiendo desde luego la buena administración en la mejor administración”²⁸⁰.

En este nuevo contexto de simplificación procedimental no debemos ser prisioneros de una exigua interpretación que asimile la simplificación de trámites contenidos en cada procedimiento con la eliminación de trámites esenciales como pueda ser la motivación. La presencia de la motivación es incuestionable como garantía de legalidad de la actuación administrativa aportando transparencia y racionalidad llegando a convertirse en un instrumento necesario en el logro de una eficiente actuación administrativa equiparándose, en ocasiones, en una técnica de simplificación administrativa.

²⁷⁹ GAMERO CASADO, E. (2014), *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁰ GAMERO CASADO, E. (2014), *op. cit.*, p. 57.

1.3.2. El Principio de Transparencia.

A) Breves referencias a la Ley que lo avala y al derecho en que se materializa.

Uno de los principios generales del derecho administrativo comunitario de más reciente formulación es el principio de transparencia que aparece recogido por primera vez en la 17ª Declaración relativa al acceso a la información, incluida en el acta final del Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht. Sus referencias a él son tanto de un verdadero principio general a tenor del cual los sujetos ordinarios tienen derecho a acceder a los documentos existentes en los archivos de la Administración comunitaria como de un principio de orden superior por ser reconocido por el Derecho originario²⁸¹.

En un recorrido particular de la regulación relativa a la transparencia en el Derecho comunitario es obligada una parada tanto en el Derecho primario y en el Derecho secundario, en el que es relevante el Reglamento 1049/2001, de 30 de marzo, de acceso público a los documentos, que garantiza la mayor transparencia posible en el proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas y en la información en la que basan sus decisiones²⁸².

Aunque la transparencia administrativa es una conquista reciente pero incompleta, hoy en día las Constituciones y las legislaciones generales de los Estados democráticos la proclaman como principio. En nuestro ordenamiento interno, el legislador constitucional lo ha hecho patente a través de diversos preceptos como se desprende de la lectura del artículo 20 y 105 b) de la Constitución Española, y aunque leyes posteriores a la Norma Fundamental también han hecho eco del principio como la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función estadística pública, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la LRJPAC, tendremos que esperar a la Ley que modifica la LRJPAC, la Ley 4/1999, para observar una tímida mención a la actuación de las Administraciones “de conformidad con los principios de transparencia y participación”²⁸³ y sobre el que se ha comentado jurisprudencialmente que “no está haciendo una huera proclama populista sino incorporando al derecho positivo un principio sustentador de un Estado, como lo es el Estado español, que no sólo es social y democrático sino también de derecho. Porque uno de los rasgos definidores de la democracia es, el de que, en un estado de ese tipo, los poderes públicos -todos ellos, por supuesto el judicial hablando por medio de sus

²⁸¹ PAREJO ALFONSO et al. (2000), *op. cit.*, pp. 81 y ss.; GONZALEZ VARAS IBAÑEZ, S. (2012).

²⁸² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007.

²⁸³ Art. 3.5 LRJPAC.

sentencias y resoluciones, pero también los demás y por tanto la Administración Pública- han de dar razón de sus actos, lo que quiere decir que han de explicar razonada y razonablemente el porqué de sus decisiones”²⁸⁴.

La transparencia es, como apunta GUICHOT, un instrumento clave para el control del ciudadano del ejercicio del poder, no solo entendida en su perspectiva preventiva y represora sino también desde una lógica de mejora de la administración de la cosa pública, de ahí que su exigencia haya sido insistente y persistente por parte de los actores cualificados²⁸⁵. Nuestro ordenamiento jurídico no podía seguir por más tiempo marginándolo y, por ello, tomando como ejemplo los modelos que proporcionan los países de nuestro entorno, adopta una nueva regulación, como lo demuestra la aprobación en Consejo de Ministros del Proyecto de Ley, con fecha 27 de Julio del 2012, que tenía como objeto regular e incrementar la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, publicándose en el Boletín Oficial del Estado como Ley 19/2013, 9 de Diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno -LTBG-²⁸⁶.

El retraso en la aprobación de una Ley estatal sobre transparencia no ha sido obstáculo para que las Comunidades Autónomas manifiesten también su interés por el tema en cuestión aprobando sus respectivas leyes de ámbito autonómico, como lo demuestran, entre otras, la Ley 4/2006, 30 Julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, la Ley 4/2011, 31 de Marzo, Buena Administración y Buen Gobierno de las Islas Baleares y la Ley Foral 11 /2012, 21 Junio, de Transparencia y Gobierno Abierto. A ellas se han unido recientemente otras como la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja, el Texto consolidado de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, el Proyecto de Ley del Principado de Asturias de Transparencia publicado el 23 de abril de 2014, el Proyecto de Ley de Transparencia y

²⁸⁴ STS 29 Noviembre 2004 Rec. 893/2001 FJ 4.

²⁸⁵ GUICHOT, E. (Coord.)(2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la ley 19/2013, de 9 de Diciembre*, Tecnos.

²⁸⁶ Vid. GUICHOT, E. (Coord.)(2014); FERNANDEZ RAMOS, S. y PEREZ MONGUIO, J. M. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi; DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO, E. y TARIN QUIROS, C. (2014): *Transparencia y Buen Gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid; RODRIGUEZ -ARANA MUÑOZ, J. y SENDIN GARCIA, M. (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada; VALERO TORRIJOS, J. y FERNANDEZ SALMERON, M. (Corrds) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia: acceso, uso y reutilización de la información del sector público*, Aranzadi, Cizur menor, Navarra.

Participación ciudadana de Aragón publicado el 10 de julio de 2014, junto al Proyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la información de Canarias con fecha de publicación 6 de agosto de 2014 y, finalmente, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Es significativo apuntar que de todas ellas, pocas exhiben a la motivación como un derecho, a excepción de ésta última, la Ley de Transparencia Pública de Andalucía que junto a los principios desglosa una serie de derechos en el que resalta “el derecho a obtener una resolución motivada”²⁸⁷.

Expuesto todo lo anterior y sopesando toda la realidad legislativa existente sobre transparencia de la variada actividad de los poderes públicos es de observar que la mayor parte de ella se articula a través de dos grandes conceptos: la publicidad activa o “difusión por propia iniciativa de la información que obra en poder de los poderes públicos” y el reconocimiento, de otra parte, de un derecho de acceso a la información pública, la denominada publicidad pasiva, en donde “es la ciudadanía la que toma la iniciativa, recabando de los poderes públicos información que obra en su poder”.

El derecho de acceso a la información pública en el que se materializa la transparencia, completándola y reforzándola, es reconocido y regulado en un primer momento en las décadas de los 70 y 80, por aquellos países que pertenecen a las democracias más avanzadas del mundo desarrollado como los países escandinavos y por EEUU y los países de su área de influencia anglófona, y que posteriormente ha cobrado protagonismo por la Unión Europea a raíz de Directivas y decisiones, pero no ha sido hasta la primera década de este siglo cuando se ha producido su verdadera “eclosión” con la aprobación de leyes de acceso a la información pública en los países de Europa occidental que carecían de ello como Reino Unido y Alemania y las nuevas democracias de Europa Oriental y Central, con la expansión en Iberoamérica y con la aprobación del Convenio núm. 205 sobre acceso a los documentos públicos²⁸⁸.

Igualmente, pero con alcance sectorial y derivado de Directivas comunitarias, otras normas contemplan el acceso a la información pública²⁸⁹: la Ley 27/2006, de 18 de

²⁸⁷ BARRERO RODRIGUEZ, C. (2014a): “La Ley de Transparencia Pública de Andalucía: sus aportaciones al régimen en el ordenamiento del Estado”, *RAP* núm. 89, p. 68; MEDINA GUERRERO, M. (2014): “La ley de transparencia pública de Andalucía”, en “Crónica Parlamentaria” de la RAAP núm. 88, pp. 324-328. Analiza si la Ley andaluza ha introducido efectivamente “mayores cotas de transparencia, complementando las determinaciones básicas de la legislación estatal”.

²⁸⁸ FERNANDEZ RAMOS, S. y PEREZ MONGUIO, J. M. (2014), *op .cit.*, p. 21; BLANES CLIMENT, M. A. (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi.

²⁸⁹ Directiva del Consejo 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, de acceso a la información en materia de medio ambiente y Directiva de 21 de mayo de 1991, sobre tratamiento de aguas residuales .

julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público. Junto a ellas es de destacar la presencia de la Ley 11 /2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que a la vez que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, se sitúa en un camino en el que se avanza con esta ley la implantación de una cultura de transparencia que impone la modernización de la Administración, la reducción de cargas burocráticas y el empleo de los medios electrónicos para facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información.

B) El papel de la motivación en la minimización y maximalización del derecho de acceso a la información pública.

La plasmación del principio de transparencia en una normativa concreta y aprehensible, como el hecho de la reciente aprobación de la Ley estatal de Transparencia, es de gran importancia, pues la intención de procurar que se pongan a disposición de la ciudadanía de manera clara y detallada las razones por las que el Sector Público hace lo que hace conlleva a un inmediato rescate de la motivación otorgándole su valor perdido.

La motivación de las decisiones administrativas contribuye al logro de una administración más transparente y próxima a los ciudadanos. No debe olvidarse que la transparencia es consustancial a un poder de base democrática como nos recuerda el Acta final del Tratado de Maastricht en la declaración relativa al derecho de acceso a la información “la Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las decisiones, así como la confianza del pueblo en la Administración”.

En el proceso de materialización de la transparencia en el derecho de acceso a la información pública, la relevancia de la motivación se hace notar en cuanto los efectos de tal derecho que puede sufrir diferentes modulaciones ampliándolos o disminuyéndolos. De un modo más completo que la LRJPAC, la Ley de Transparencia declara en el párrafo segundo de su artículo 20 que serán motivadas las resoluciones que “denieguen el acceso”, las que concedan “el acceso parcial”, lo reconozcan a través “de una modalidad distinta a la solicitada” o “permitan el acceso cuando haya habido

oposición de un tercero”, situaciones todas ellas en las que la Administración debe pronunciarse sobre el fondo del asunto sin excusarse de la motivación, y a los que ha sido añadido otro supuesto referente a “las resoluciones que inadmitan a trámite las solicitudes de acceso”, contemplado tanto en la ley estatal aunque en otro precepto -art. 18- y como en alguna que otra ley de transparencia de ámbito autonómico como la andaluza -art. 7.c) de la LTA-.

Como es obvio, la apuesta por una transparencia absoluta en la actuación administrativa con una libre divulgación de la información no casa con los postulados del Estado de derecho debido a los perjuicios a diferentes bienes y derechos que ello causaría, de ahí que al verse mermadas las garantías del ciudadano sea necesario una completa regulación de los límites del derecho de acceso. La denegación a la información debe estar justificada con sólidos argumentos que debe recoger la motivación, pues la limitación que se ocasiona da lugar a una minimización del derecho de acceso a la información.

Una de las exigencias del Convenio núm.205 en la determinación de los límites al derecho de acceso es su previsión legal, hecho que recoge la LTBG entre otros en el artículo 14 relativo a los límites al derecho de acceso y en el artículo 17 referente a las causas de inadmisión, y que rompe los moldes previstos en la LRJPAC, la cual no cumplía el carácter tasado de los límites pues contenía una cláusula genérica de denegación del derecho de acceso “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección” que suponía atribuir a la Administración una potestad discrecional.

Las causas de inadmisión contempladas en la Ley estatal de transparencia suponen una restricción importante del derecho de acceso a la información en cuanto a sus efectos, generando su minimización. A pesar que la LRJPAC establece la posibilidad de rechazar ciertas resoluciones con la finalidad de evitar la práctica de trámites innecesarios en supuestos que claramente no pueda accederse a lo solicitado, la LTBG nomina una serie de causas de inadmisión de las solicitudes del derecho de acceso que, así no existiendo una ponderación de bienes jurídicos y no habiendo lugar al acceso parcial, no dejan de ser excepciones al derecho de acceso requiriéndose en tales casos de una resolución motivada en los plazos previstos en la Ley. De ahí que las solicitudes que se refieran “a información que esté en curso de elaboración o de publicación general”, que “tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre

órganos o entidades administrativas”, “relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”, “dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente”, “que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”, no se aceptarán a trámite, todas ellas, mediante resolución motivada tal como recoge de forma expresa el artículo 18 de la LTBG, suscitando en ocasiones que la interpretación y aplicación de algunas de estas causas, en concreto las tres primeras mencionadas, provoque una restricción importante del derecho reconocido²⁹⁰.

Por otra parte, un claro exponente del interés demostrado hacia la maximización del ejercicio del derecho de acceso se contempla en el reconocimiento del derecho a la comunicación parcial de documento, es decir, la posibilidad del acceso parcial en aquellos casos en que fuese factible disociar las informaciones protegidas por una excepción. Cuestión que no contempló la LRJPAC, y sí en cambio la LTBG tanto cuando declara que el acceso podrá ser “limitado” en los casos que determina la Ley, pues el término “limitado” como apunta FERNANDEZ RAMOS en relación a este tema, “a diferencia de otros (como excluido o denegado), comporta un principio de proporcionalidad”²⁹¹, como en los casos en que la aplicación de algunos de los límites previstos en la Ley no afecte a la totalidad de la información que “se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido”²⁹².

En estos supuestos, la exigencia de la motivación no es olvidada ni apartada por el legislador que insiste de manera expresa en declarar que la resolución administrativa que permite el acceso parcial deberá ser motivada, aclarando qué parte de la información es asequible al ciudadano y cuál no, según se desprende del tenor literal del párrafo segundo del artículo 20 de la LTBG: “Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad

²⁹⁰ Observaciones mantenidas por BARRERO RODRIGUEZ que considera se producen tanto en la ley estatal como en la ley andaluza de transparencia a raíz del análisis de la Ley estatal de transparencia como de un estudio particular que recoge las aportaciones de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía al régimen establecido en el ordenamiento del Estado en el que analiza si dicha ley ha introducido efectivamente mayores cotas de transparencia, complementando las determinaciones básicas de la legislación estatal. Vid. BARRERO RODRIGUEZ, C. (2014): “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva” en GUICHOT, E. (2014), *op. cit.*, pp. 205-211 y 224-227 y (2014a), *op. cit.*, pp. 66-68.

²⁹¹ FERNANDEZ RAMOS, S. (2014): “El derecho de acceso a la información pública”, en FERNANDEZ RAMOS, S. y PEREZ MONGUIO, J. M. (2014), *op. cit.*, p. 167.

²⁹² Art. 16 LTBG.

distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero...”.

Finalmente dos breves anotaciones a comentar. Una relativa a la presencia de los Portales de transparencia que permiten la comunicación de la motivación al interesado o interesados y que todos ellos conozcan su contenido al tener acceso a los mencionados portales de una forma ágil y rápida. Otra, que hace referencia no a la decisión administrativa adoptada sino a la solicitud de acceso realizada por el interesado de manera previa a la resolución final, y sobre la cual el legislador ha querido reflejar de forma expresa en el artículo 17.3 LTBG la innecesariedad de su motivación, de ahí que la ausencia de motivación por parte del interesado no será por si sola causa de rechazo de la solicitud²⁹³.

C) La motivación, pieza indispensable para la efectividad de la transparencia procedimental.

La transparencia no se agota en el derecho de acceso a la información administrativa, pues también puede canalizarse a través de los más variados procedimientos. El procedimiento aparte de ser el cauce a través del cual la Administración adopta sus decisiones formales más relevantes, como los actos administrativos, también se entiende, en palabras de BARNES VAZQUEZ como sistema de comunicación entre Administración y ciudadano, concibiéndose como cauce de acceso a la información²⁹⁴. Entendido así como un lugar dónde se obtienen los datos, se procesan y se intercambia la información, es relevante las normas de procedimiento que disciplinan su tratamiento como ocurre con la motivación.

La motivación constituye una manifestación elemental de la transparencia administrativa en toda clase de procedimientos, siendo su intensidad diferente; así pues en los procedimientos aplicativos que tienen por objeto inmediato garantizar derechos o intereses individuales, en los que la respuesta material está ya predeterminada en la ley y la transparencia sirve a los fines de defensa y del ulterior control judicial, se exigirá una adecuada motivación de la resolución adoptada de los hechos y fundamentos de Derecho en los que se sustenta mientras que aquellos procedimientos en los que se decide lo que la ley no ha resuelto, donde se innova y se crea Derecho, la motivación

²⁹³BARRERO RODRIGUEZ, C. (2014), *op. cit.*, pp. 220-224.

²⁹⁴BARNES VAZQUEZ, J. (2010): “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia” en GARCIA MACHO, R. (2010): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, pp. 54-58.

adquiere sustantividad propia actuando como verdadera estrategia de la transparencia que se resuelve a través de un juicio en el que han de ponderarse bienes o intereses, como ocurre en el ejercicio de potestades discrecionales.

La motivación es, en definitiva, una manifestación de transparencia que no solo se infiere de la decisión final adoptada sino también del proceso de formación de voluntad de la Administración.

2. FINALIDADES DE LA MOTIVACIÓN

Si algo caracteriza a la motivación y la hace peculiar es la diversidad y variedad de fines que persigue: su multifuncionalidad. El tratamiento particular de cada uno de ellos en nuestra investigación es oportuno para el estudio de la finalidad de la motivación no siendo suficiente circunscribirnos únicamente al fin que persigue sino también, a raíz de una interpretación extensiva del término, abarcar tanto lo que persigue como lo que trata de evitar.

2.1. Lo que la motivación persigue: su multifuncionalidad.

2.1.1. Aspectos generales de las funciones encomendadas.

Pese a que en un primer momento la motivación se entendía como garantía para el administrado que le permitía una completa fiscalización del acto administrativo, el paso hacia una Administración más intervencionista hizo cambiar la perspectiva de la eficacia de la actuación administrativa con un replanteamiento del papel de la motivación sin olvidar ni relegar el punto de vista de la garantía de los administrados en orden al cual se encuentra establecido el control jurisdiccional de la Administración.

Este nuevo enfoque generó diversas manifestaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales en torno a la finalidad de la motivación, destacando sin lugar a dudas la conocida división tripartita aportada por MARTIN RETORTILLO que toma como referencia el estudio previo de la obra de JACCARINO

”Asume de esta forma la motivación una triple funcionalidad, que en sus tres facetas se nos aparece como igualmente condicionante: primero, como exigencia que permite un control indirecto por la opinión pública..; segundo, permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad

manifestada..tercero, sirve también muy directamente como medio para realizar el control jurisdiccional de los propios actos administrativos”²⁹⁵ .

Esta tríada de funciones ha tenido fieles seguidores por parte de la doctrina que en sus respectivas declaraciones concernientes a la motivación han hecho acopio de cada una de ellas, si no de una forma global renombrándolas conjuntamente²⁹⁶, sí de forma fragmentaria insistiendo particularmente en alguna de las finalidades²⁹⁷.

Por otra parte, en relación a la labor jurisprudencial, hemos de aludir a diferentes y múltiples pronunciamientos que hacen referencia al variado elenco de funciones apuntadas doctrinalmente con un carácter integrador de los que resaltan declaraciones como las siguientes²⁹⁸

“Ciertamente el Ordenamiento Jurídico viene exigiendo la motivación con relación a ciertos actos haciendo consistir aquélla en la necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajustan o no a Derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o impertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable”²⁹⁹.

“Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -

²⁹⁵MARTIN RETORTILLO BAQUER, S. (1957), *op. cit.*, p. 127.

²⁹⁶DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967); GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1136; GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 441.

²⁹⁷COSCULLUELA MONTANER, L. (2015), *op. cit.* p.363; MARTIN MATEO, R. y DIEZ SANCHEZ, J. J. (2009), *op. cit.*, p. 250; PAREJO ALFONSO, L. (2014), *op. cit.*, p. 449; SANCHEZ MORON, M. (2015), *op. cit.*, p. 548; GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015); PARADA VAZQUEZ, R. (2013), *op. cit.*, p. 58; GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010), *op. cit.*, p. 242; GARBERI LLOBREGAT, J. (2007), *op. cit.*, p. 170; ENTRENA CUESTA, R. (2003), *op. cit.*, p. 195; GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A. (2001), *op. cit.*, pp. 201-202.

²⁹⁸STS 18 Abril 1990 RJ 1990/3600 FJ 4, STS 4 Junio 1991 RJ 1991/4861 FJ 3; SAN 15 Junio 2001 JUR 2001/293672 FJ 3; SAN 25 Enero 2002 Rec. 436/1998 FJ 8.

²⁹⁹STS 21 Enero 2003 Rec. 7792/2000 FJ 6; STS 14 Marzo 2003 Rec.3660/1996 FJ 4; STSJ (Cat) num. 1333/2000, 9 Diciembre FJ 2.

exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios”³⁰⁰.

En algún que otro dictado jurisprudencial como los relativos a adjudicaciones de plaza de profesorado universitario se hace uso de un carácter aún más integrador al hacer mención a las diferentes funciones declarando que

“la motivación de cualquier resolución administrativa constituye el cauce esencial para la expresión de la voluntad de la Administración que a su vez constituye garantía básica del administrado que así puede impugnar, en su caso, el acto administrativo con plenitud de posibilidades críticas del mismo, porque el papel representado por la motivación del acto es que no prive al interesado del conocimiento de los datos fácticos y jurídicos necesarios para articular su defensa..” y a que “la motivación es el medio que posibilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa”³⁰¹.

Las más recientes exposiciones jurisprudenciales, muchas referentes a las resoluciones de ayudas públicas, optan por una simplificación de las funciones encomendadas a la motivación minimizándola, por un lado, a “dar a conocer a su destinatario las razones de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento el interesado pueda impugnarla a través de los medios que establece el ordenamiento jurídico” y, por otro, “permitir a los Tribunales, en caso de impugnarse ante ellos el acto administrativo, cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican”³⁰². Y sintetizada aún más en alguna relativa a incentivos regionales, en el que de manera expresa y rotunda se alude a la finalidad esencial de la

³⁰⁰STSJ (Islas Canarias) num.613/2000, 19 Mayo FJ 3; STS 14 Diciembre 1999 Rec.1698/1996 FJ 4; STS 20 Enero 1998 Rec.569/1994 FJ4; STS 9 Febrero 1987 RJ 1987/2916 FJ 2.

³⁰¹STSJ (Valencia), núm. 769/2005, 20 de Junio FJ 3.

³⁰²STS 23 Noviembre 2011 Rec.3638/2009 FJ 2; STS 31 Marzo 2011 Rec.398/2010 FJ 3; STS 11 Febrero 2011 Rec.161/2009 FJ 4, STSJ (Galicia) núm. 11 /1999, 13 Enero FJ 2.

motivación, que es “transmitir al destinatario las razones que sustentan la decisión de la Administración para permitir su impugnación y el control jurisdiccional de legalidad”³⁰³.

De todas las finalidades reseñadas es significativo destacar que no siempre el beneficiario del cumplimiento de la motivación confluye en un mismo y único destinatario, así según la finalidad en la que hagamos hincapié y resaltemos, comprobaremos que el destinatario irá variando, ya sea el interesado y potencial recurrente, el ciudadano miembro de la colectividad, el órgano que conoce del recurso administrativo o incluso el órgano jurisdiccional.

Así pues, desde esta particular visión trataremos la multifuncionalidad, como nota *sui generis* que caracteriza a la motivación, entrelazándola con el sujeto particular al que puede ir dirigido en cada caso.

2.1.2. La motivación desde la óptica del órgano jurisdiccional.

A) La motivación como medio que facilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa.

En un principio todo el juego de la motivación se sustentaba exclusivamente en función del control jurisdiccional, de la justicia administrativa, de ahí que un correcto cumplimiento de ella suponía exclusivamente una garantía para el administrado permitiéndole la más completa y adecuada fiscalización del acto administrativo. Reflejo de ello lo encontramos en pronunciamientos jurisdiccionales vigentes la LPA de 1958 al indicar que “la tradicional y universal exigencia de fundamentar los actos administrativos que limiten derechos es el obligado antecedente que permite su ulterior revisión jurisdiccional”³⁰⁴, reduciendo por tanto la visión en torno a la actuación administrativa. La actitud de la jurisprudencia fue unánime en reducir la motivación a tal función de control entendiendo que no había indefensión del particular por ausencia o insuficiencia de la motivación siempre que el mismo tribunal pudiera enjuiciar el acto.

El órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa aparece como uno de los primeros destinatarios de la motivación, al entenderse esta figura como requisito encaminado a hacer posible el control y la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos. Idea que ha estado presente durante mucho tiempo siendo punto de partida de la jurisprudencia española posterior a la LPA y que ha empobrecido el papel

³⁰³ STS 31 Mayo 2012 Rec.621/2011 FJ 4; STS 29 Marzo 2012 Rec.2940/2010 FJ 4.

³⁰⁴ STS 27 Noviembre 1961

de la motivación, generando esta reducida finalidad procesal una pérdida en la transcendencia de la motivación, conocida como la *dequotazione*.

El control jurisdiccional ha sido entendido tradicionalmente como la función que, con carácter prevalente sobre el resto de las funciones anteriormente enunciadas, posibilita la mejor defensa de los interesados constituyendo una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, de sus derechos e intereses que permite un control directo del acto administrativo por su parte y haciendo posible que el afectado “conozca los antecedentes de hecho que determinan la actuación de la Administración, así como la fundamentación jurídica legitimadora del proceder administrativo”³⁰⁵.

Si bien de recientes manifestaciones jurisprudenciales se equipara el control jurisdiccional del acto administrativo que realiza la motivación como función esencial de la misma y se observa desde un sector minoritario de la doctrina científica la defensa del requisito de la motivación como indispensable para la posterior fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos como SAINZ DE ROBLES al mantener que la motivación es “la base mínima para permitir la fiscalización de las decisiones en sede de control parlamentario y, sobre todo, judicial”³⁰⁶, desde otros sectores se han destacado simplemente la motivación como medio para posibilitar, o al menos facilitar, el control jurisdiccional del acto³⁰⁷.

Recuerda GONZALEZ PEREZ en base a algún que otro pronunciamiento jurisprudencial que el control jurisdiccional que facilita la motivación es una función destacada que no dejó de influir en el articulado de la Ley, al no exigir la necesaria motivación respecto de ciertos actos excluidos de la fiscalización jurisdiccional³⁰⁸.

En relación a esta labor de carácter revisora propia de los órganos jurisdiccionales, destacan las declaraciones de autores como GARCIA DE ENTERRIA y RODRIGUEZ FERNANDEZ que califican a la motivación como fundamental, en especial en el tratamiento de los actos discrecionales como medio de control³⁰⁹, junto a la objeciones propuestas por FERNANDO PABLO ante la actitud de la jurisprudencia, salvo algún caso aislado, de no haber cambiado de signo al seguir reduciendo la motivación a esta función de control³¹⁰.

³⁰⁵ STS 1 Abril 2002 Rec.860/2000 FJ 3.

³⁰⁶ SAINZ DE ROBLES, F. (1993): “La motivación de las decisiones del poder” en *TAPIA* núm. 68, p. 3.

³⁰⁷ STS 9 Diciembre 2014 Rec. 4076/2011 FJ 4; PI SUÑER, J. M. (1972), *op. cit.*, p. 593; BOQUERA, J. M. (1993), *op. cit.*, DOMINGO ZABALLOS, J. (1993), *op. cit.*, p. 4320.

³⁰⁸ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1136.

³⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y RODRIGUEZ FERNANDEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 605.

³¹⁰ FERNANDO PABLO, M. M.(1992), *op. cit.*, p. 193.

Los Jueces y Tribunales, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Española, han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican, de ahí que la Administración viene obligada a motivar las resoluciones que dicte en el ejercicio de sus facultades con una base fáctica suficientemente acreditada. Al conectar el acto a la legalidad, la motivación, como suscriben GALLEGO ANABITARTE y MENENDEZ REXACH, “expresa la conexión entre el acto y el ordenamiento jurídico, supone la concreción de la adecuación del acto al fin previsto por la norma y otorga así racionalidad y objetividad a la actuación administrativa, facilitando la fiscalización del acto por los tribunales, al tener éstos todos los datos necesarios para su ejercicio”³¹¹.

A pesar que en variadas ocasiones la exigencia de la motivación se ha debilitado debido a la posibilidad de disposición y de investigación que ha tenido el juez sobre el expediente, la jurisprudencia insiste y no duda en designar a la motivación como “medio que posibilita y facilita el control jurisdiccional de los actos por los tribunales al conocer estos las bases en que se apoya el acto”³¹². Es calificada por los propios Tribunales como un valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no al Derecho, no circunscribiéndose a materias específicas sino reflejándose en temas generales y variados como las subvenciones o el deslinde de dominio público³¹³.

En el orden constitucional, el Tribunal Constitucional se mantiene en la idea de apostar que la finalidad esencial de la motivación es la de “facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se limita su derecho y permitir asimismo la posterior fiscalización de la legitimidad del acto por los Tribunales de Justicia”³¹⁴.

En el dominio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitaria, la relevancia y alcance de la motivación se expresa en los mismos términos que establece la jurisprudencia de nuestros tribunales. La STJCE de 6 de septiembre de 2006 y la de 30 de abril de 2009 reiteran que :

“ La motivación que se exige en el artículo 253 TCE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de que emane el acto impugnado, de manera que

³¹¹ GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A. (2001), *op. cit.*, p. 202.

³¹² STSJ (Galicia) núm.11/1999, 13 Enero FJ 2; STSJ (Murcia) núm. 415/1995, 19 Julio FJ 3; STSJ (Islas Canarias) num.396/2010, 20 Julio FJ 4.

³¹³ STSJ (Mad) núm.956/2008, 16 Mayo FJ 4, SAN 15 Junio 2001 JUR 2001/293672 FJ 3; SAN 25 Enero 2002 Rec.436/1998 FJ 8; STS 20 Mayo 2002 Rec.2531/1996 FJ 2; STSJ (Castilla y León), Burgos num.314/2001, 8 Noviembre FJ 2.

³¹⁴ STC 27/1989, 3 Febrero FJ 4 y 5; STC 53/1986, 5 Mayo FJ 6; STC 51/1986, 24 Abril FJ 4; STC 26/1981, 17 Julio FJ 14 y 15.

los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el juez comunitario puede ejercer su control. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 TCE, debe apreciarse en relación no sólo con su tenor sino también con su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate”.

En definitiva y desde un primer momento, la motivación se presenta como un elemento indispensable para el control de legalidad del acto administrativo por parte de los órganos jurisdiccionales.

2.1.3. Los fines de la motivación desde la óptica del ciudadano.

A) La finalidad cognoscitiva: la motivación permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad manifestada.

Una de las finalidades que cataloga MARTIN RETORTILLO, de orden interno y que refuerza el valor instrumental de la motivación, refiere en considerarla como elemento interpretativo del acto que viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración Pública y la adecuación del acto al ordenamiento jurídico.

De manera reiterada y previa a la aprobación de la LRJPAC de 1992 la jurisprudencia señalaba que “la motivación de cualquier resolución administrativa constituye el cauce esencial para la expresión de la voluntad de la Administración”³¹⁵, generando una apuesta por esta finalidad de forma unánime en posteriores pronunciamientos referentes a la enseñanza universitaria, tanto en reconocimientos del complemento específico de investigación como de selección de profesorado, demoliciones de fincas urbanas, planeamiento urbanístico, licencias municipales, función pública, sanciones de tráfico y circulación vial junto a otros supuestos referentes a denegación de solicitudes de exención de visados de entrada en el territorio nacional, entre otros³¹⁶.

³¹⁵ STS 20 Febrero 1987 RJ 1987/3296 FJ 2; STS 9 Febrero 1987 RJ 1987/2916 FJ2; STS 18 Abril 1990 RJ 1990/3600 FJ 4; STS 4 Junio 1991 RJ 1991/4861; STS 29 Septiembre 1992 Rec. 4128/1990 FJ 3.

³¹⁶ STSJ (Cat) núm. 542/2012, 8 Mayo FJ 2; STSJ (Valencia) num.769/2005, 20 Junio FJ 3; S STSJ (Islas Baleares) núm. 249/1995, 9 Marzo FJ 3; STSJ (Castilla y León), Burgos núm. 225/2002, 28 Junio FJ 2; STSJ (País Vasco) núm. 55/1998, 28 Enero FJ 2; STSJ (Galicia) núm.170/1998, 11 Marzo; STSJ (Cantabria) 27 Enero 1998 Rec.1510/1997 FJ 4; STSJ (Cantabria) 4 Diciembre 1996 Rec. 868/1996 FJ 2.

La motivación hace posible el conocimiento de la voluntad administrativa con exactitud configurándose como un elemento necesario, como dice GONZALEZ PEREZ, “un elemento interpretativo valiosísimo” que permitirá disuadir al destinatario de impugnaciones inútiles, así cuando la motivación sea irrefutable, no se interpondrán recursos infructuosos, que sin embargo acontecerían de no aparecer en el acto motivación alguna³¹⁷.

Autores de consolidada experiencia administrativista insisten en esta faceta cognoscitiva como PARADA al recordar que la motivación tiene que “dar razón plena del proceso lógico y jurídico del acto”³¹⁸, para que los interesados, como suscribe COSCULLUELA, “tengan el debido conocimiento de los motivos”³¹⁹, y como apostilla SANCHEZ MORON “puedan contrastarlo jurídicamente y en su caso impugnarla”³²⁰. La motivación es, como resume MARTIN MATEO, garantía de los administrados a fin de conocer “las razones de hecho y derecho que la Administración tiene para dictar el acto emitido”³²¹.

Esta faceta de la motivación enlaza de una manera u otra con la seguridad jurídica, como principio sobre el que se sustenta, pues con una correcta exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a adoptar una determinada decisión, se garantiza a su vez seriedad y se asegura el rigor en la formación de la voluntad de la Administración. La propia jurisprudencia insiste en ello realzando el papel de la motivación como medio que permite determinar con certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad manifestada tanto en actos que aprueban el deslinde de bienes de dominio público-terrestre³²², como en otros relativos al cese de relaciones de servicio del personal al servicio de la Administración Pública³²³, denegación de licencias municipales de obras³²⁴, u otros relativos a la reapertura y asignación de funciones educativas a un centro de enseñanza no universitaria de régimen general³²⁵.

La exigencia de la motivación, como ya tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo anterior, impone a la Administración el deber de expresar las razones que sirven de fundamento a su decisión, que exprese “suficientemente el proceso lógico y jurídico

³¹⁷ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1136.

³¹⁸ PARADA VAZQUEZ, R. (2013), *op. cit.*, p. 58.

³¹⁹ COSCULLUELA MONTANER, L. (2015), *op. cit.*, p. 363.

³²⁰ SANCHEZ MORON, M. (2015), *op. cit.*, p. 548.

³²¹ MARTIN MATEO, R. y DIEZ SANCHEZ, J. J. (2009), *op. cit.*, p. 251.

³²² SAN 25 Enero 2002 Rec.436/1998 FJ 8.

³²³ STS 14 Diciembre 1999 Rec.1698/1996 FJ 4.

³²⁴ STS 18 Abril 1990 RJ 1990/3600 FJ 4.

³²⁵ STSJ (Aragón) núm.562/2001,12 Junio FJ 3.

de la decisión administrativa” y ello con el fin de que los destinatarios puedan conocer las razones en que la misma se ha apoyado. Esta exteriorización del fundamento de la decisión es, como insiste PAREJO ALFONSO, necesaria para “conocer la voluntad de la Administración Pública tanto en aras de la debida defensa del ciudadano como del ulterior control jurisdiccional en caso de recurso contra el acto”³²⁶.

Este específico conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, siendo esta finalidad cognoscitiva una idea presente y reiterada por la jurisprudencia que responde a “la finalidad de exteriorizar las razones que justifican su adopción a fin de permitir su conocimiento por el destinatario³²⁷” y en su caso, posteriormente pueda defender su derecho frente al criterio administrativo, ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular sus medios de defensa³²⁸.

De todo ello observamos que con el conocimiento de las razones y criterios que conducen a la Administración a adoptar una decisión u otra, y que a su vez son transportadas por la motivación, van inmersas dos funciones inherentes a ella, tanto una función informadora como justificativa.

La primera de ellas, la función informativa de la motivación consiste en identificar y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, que en ocasiones va implícito en el mismo texto y en otras en el expediente al cual deberá tener acceso el propio interesado.

Junto a ella opera la función justificadora que actúa de forma prevalente con relación a la opinión pública como en líneas posteriores apuntaremos, también puede ser relevante frente al interesado en aquellos casos en los que en el expediente falte el criterio de la decisión adoptada, pues será la propia motivación la que formule dicho criterio, como sutilmente resalta FERNANDO PABLO en su concienzudo estudio sobre la motivación³²⁹.

³²⁶ PAREJO ALFONSO, L. (2014), *op. cit.*, p. 449.

³²⁷ STS 29 Marzo 2012 Rec. 2940/2010 FJ 3; STS 31 Marzo 2011 Rec.29/2010 FJ 3; STSJ (Mad) núm. 751/2000, 13 Julio FJ 2; STSJ (Galicia) núm. 11/1999, 13 Enero FJ 2.

³²⁸ STS 30 Octubre 2013 Rec.2325/2011 FJ 7; STS 31 Mayo 2012 Rec.621/2011 FJ 4.

³²⁹ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 192-196. En la doctrina italiana ROMANO TASSONE parte que la motivación realiza siempre una misma función justificadora, siendo distintos los destinatarios y la posición de éstos frente al acto, lo cual da lugar a distintas exigencias, sea el juez, el potencial recurrente o el ciudadano en cuanto miembro de la colectividad administrado.

B) La finalidad defensiva: la motivación desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Breve mención al derecho a la presunción de inocencia.

La finalidad cognoscitiva no es la única finalidad adherida a la motivación, también lo es la finalidad defensiva, al entenderse dicha exigencia necesaria, aparte para el debido conocimiento de las razones de la decisión administrativa por los interesados, para la defensa de sus derechos e intereses permitiendo su impugnación y, asimismo, posibilitar el control de legalidad posterior por los tribunales. Carácter defensivo que suscriben tanto los órganos jurisdiccionales en su variada jurisprudencia³³⁰ como los autores en sus correspondientes estudios doctrinales entendiéndola un instrumento decisivo de los interesados “para poder defender sus derechos e intereses”³³¹ como apunta SANCHEZ MORON y así poder, en su caso, basar posteriormente “la defensa de sus derechos e intereses” como recuerda COSCULLUELA MONTANER³³².

Gran parte de la doctrina científica administrativista adopta esta finalidad defensiva como garantía ineludible para el particular, entre ellos ENTRENA CUESTA que no duda en tal atribución al recordar que la motivación “suministra a los destinatarios de los actos administrativos los medios necesarios para la mejor defensa de sus derechos e intereses legítimos”³³³. De forma semejante lo transcribe GALLARDO CASTILLO al manifestar que la motivación es “una garantía del administrado que podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar las bases en las que se fundamenta”³³⁴, junto a GALLEGO ANABITARTE y MENENDEZ REXACH que insisten que la motivación constituye no solo un elemento de cortesía sino que conforma “una garantía para el particular, ya que aspira, por un lado, a que el particular interesado tenga conocimiento de los datos fácticos y jurídicos que han fundamentado la decisión administrativa, para poder articular su defensa y por otro, aspira a que el órgano administrativo que resuelve los recursos pueda desarrollar el control que le corresponde con plenitud”³³⁵.

Desde la perspectiva de la defensa del administrado, la motivación resulta de especial relevancia al facultar la exteriorización de las razones de la decisión administrativa, exponer los concretos medios y argumentos defensivos que a su derecho interese y, además, permitir que los Tribunales puedan efectuar el oportuno control

³³⁰ STS 31 Marzo 2011 Rec.29/2010 FJ 3; STS 9 Julio 2010 Rec.1/2008 FJ 4.

³³¹ SANCHEZ MORON, M. (2015), *op. cit.*, p. 548.

³³² COSCULLUELA MONTANER, L. (2015), *op. cit.*, p. 363.

³³³ ENTRENA CUESTA, R. (2003), *op. cit.*, p. 195.

³³⁴ GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010), *op. cit.*, p. 242.

³³⁵ GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A. (2001), *op. cit.*, p. 201.

jurisdiccional. La motivación de cualquier decisión administrativa actúa como garantía básica del administrado que así puede impugnar el acto administrativo con plenitud de posibilidades críticas del mismo. Su funcionalidad asegura al interesado del conocimiento de los datos fácticos y jurídicos necesarios para articular su defensa, hecho tal que reconduce a afirmar que el déficit de motivación radica en la producción de indefensión en el interesado³³⁶.

Una correcta y adecuada motivación ofrece al interesado todos los elementos que le sean necesarios para la defensa que quiera realizar de sus intereses en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³³⁷. Así de claro y contundente se expresa el Tribunal Supremo al referirse a la motivación como garantía de defensa del interesado

“...la Administración ha expuesto las razones en que basa su decisión, que han sido por ello conocidas y pueden ser impugnadas por la actora, como de hecho así lo han sido en el presente recurso y, al apoyarse en razones que permiten conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales y fundamentadores de la decisión no genera ningún tipo de indefensión y cumple con las exigencias de motivación y satisface el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución³³⁸”.

La conexión de la motivación con el derecho a la tutela judicial efectiva no permite fisuras, pues la motivación constituye una garantía del derecho a la defensa del interesado, de su derecho a la tutela efectiva de sus derechos e intereses³³⁹. Partiendo de la amplia y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 del texto constitucional podemos definir este derecho de acción como derecho fundamental que asiste a todo sujeto de Derecho, a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Juzgados y Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y de fondo que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a

³³⁶ STS 24 Junio 2008 Rec.6098/2005 FJ 2; STSJ (Extremadura) núm.41/2001,19 Enero FJ 2; STSJ (Cantabria) 27 Enero 1998 Rec.1510/1997 FJ 4; STS 29 Septiembre 1992 Rec. 4128/1990 FJ 3.

³³⁷ STS 25 Junio 2010 Rec.5190 /2007 FJ 3; STS 19 Noviembre 2008 Rec. 4049/2004 FJ 6.

³³⁸ STS 28 Junio 2010 Rec. 3821/2006 FJ 4.

³³⁹ AYALA MUÑOZ, J. M. et al (2001), *op. cit.*, p. 379.

obtener la ejecución de lo resuelto³⁴⁰. El derecho a la tutela judicial efectiva exige, por tanto, no solamente el acceso a los tribunales, sino que éstos resuelvan sobre las pretensiones que ante ellos se formulan, incluyendo el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada.

La jurisprudencia constitucional ha indicado de forma clara y expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE tiene como contenidos esenciales

“el acceso a la jurisdicción, sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso lo que se estime oportuno, y la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, tanto si resuelve sobre el fondo de la pretensión de las partes como si inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada”³⁴¹.

Son varios los supuestos en que Administraciones públicas han invocado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, otorgando el Tribunal Constitucional en la mayoría de ellos el amparo pedido³⁴². La aplicabilidad de la prohibición de indefensión del artículo 24.1 de la Constitución Española a las resoluciones administrativas ha sido entendida, en un principio de manera desigual por los tribunales en nuestro país. Tradicionalmente la doctrina constitucional más general consideraba no trasladable las exigencias del mencionado artículo a toda la tramitación administrativa, con la salvedad de los procedimientos de naturaleza sancionadora o referidos a actos restrictivos de derechos, lo que implicaba que la ausencia de motivación expresa en la resolución administrativa no se entendía como generadora de indefensión. En cambio, el Tribunal Supremo sí ha considerado aplicable el principio de contradicción en cuanto contenido de la prohibición constitucional de indefensión, respecto del acto resolutorio de un procedimiento administrativo, manifestando que el incumplimiento de la motivación, en cuanto afecte a la posibilidad de recurrir con pleno conocimiento de causa, puede dar lugar a la indefensión prohibida en el artículo 24.1 CE.

³⁴⁰ GIMENO SENDRA, V. (2007): “El Derecho a la Tutela Judicial efectiva y de acción penal” en AAVV(2007): *Los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, *op.cit.*, p. 523.

³⁴¹ STC 88/2001, 2 Abril FJ 3; STC 71/2001, 26 Marzo FJ 3; STC 108/2000, 5 Mayo, FJ 3.

³⁴² VELASCO CABALLERO, F. (2003): *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Bosch, pp. 148-149.

La interpretación estricta y mantenida por el Tribunal Constitucional, según la cual la posible indefensión en el procedimiento administrativo no tiene, en principio, relevancia constitucional, ni puede situarse en el artículo 24.1 CE, a excepción de los supuestos que afecten a derechos fundamentales y procedimientos administrativos sancionadores, no resulta del agrado de autores como FERNANDO PABLO que se replantea la posibilidad que el contenido del artículo 24.1 imponga a la Administración la motivación expresa de sus actos resolutorios, en base a diferentes consideraciones. En primer lugar señala que “el precepto, aparte de enunciar el sujeto que debe prestar protección a derechos e intereses legítimos, prescribe las condiciones de la protección que no solo excluyen la denegación de tutela o la producción de indefensión sino que exigen la efectividad de la misma”. En segundo lugar, recoge la diferenciación del contenido del concepto constitucional de indefensión para recalcar que no existe en el fondo impedimento para estimar que tanto la efectividad de la tutela judicial efectiva como la prohibición constitucional de indefensión pueden verse implicadas en la exigencia de motivación del acto administrativo. Y por último apunta que el tema de la motivación de las resoluciones administrativas es un asunto que afecta primariamente, al contenido positivo del derecho a la tutela judicial -las condiciones de efectividad- y no al contenido meramente negativo, a la prohibición de indefensión³⁴³.

En definitiva, en aquellos supuestos que la decisión administrativa no se motive o contenga una fundamentación irrazonada o irrazonable puede vulnerar el derecho a la tutela, pues la inexistencia de elementos como la motivación que privan del conocimiento de las razones que justifican la decisión administrativa adoptada, de una manera u otra, supone un obstáculo al acceso a la jurisdicción. La motivación desempeña, por tanto, un importante papel de garantía mínima precontenciosa en su relación con la posición del particular frente al procedimiento administrativo pues la exigencia de la misma se presenta como garantía procedimental que recoge la justificación racional en la ponderación de intereses que se haya producido y permite mejor defensa del interesado. La motivación es necesaria, por tanto, para el debido conocimiento de los interesados y para la posterior defensa de sus derechos.

En otro orden de consideraciones pero en la misma línea defensiva atribuida a la motivación, conviene hacer mención al derecho a la presunción de inocencia que puede resultar afectado según se haga un cumplimiento adecuado o no de la motivación, en

³⁴³ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp.159 y ss.

concreto en los procedimientos administrativos de carácter sancionador. La motivación opera en tales supuestos como una verdadera garantía formal que rige en la práctica de la prueba, en especial en la valoración de las pruebas practicadas como la indiciaria.

El derecho a la presunción de inocencia contemplado en el párrafo segundo del artículo 24 de la CE es consagrado por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental que se proyecta en los procedimientos administrativos sancionadores con gran fuerza sin restricciones o con las mínimas limitaciones posibles. Dicho Tribunal, aparte de igualar el derecho en cuestión como regla de tratamiento que obliga a considerar al imputado inocente y a tratarlo como tal durante la tramitación de todo el procedimiento, destaca su valor probatorio, entendido “como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo”³⁴⁴, generando a favor del inculcado un conjunto de garantías esenciales en materia de prueba, así la necesidad de la existencia de una prueba de cargo para sancionar, la exigencia que la prueba incriminatoria sea suficiente y que su obtención sea válida. En relación a esta última garantía, se exige que la valoración de las pruebas practicadas en el expediente sancionador sea racional y motivada³⁴⁵. Tal hecho excluye del procedimiento administrativo sancionador el sistema de pruebas tasadas o legales, cuya fuerza probatoria viene fijada por la ley, pero siendo compatible con el sistema de libre valoración en el que el papel de la motivación cobra especial protagonismo. Por ello, para evitar que la admisión de la prueba indiciaria como prueba incriminatoria para fundamentar la sanción debilite la presunción de inocencia, se exige que la resolución motive “expresa y detalladamente el razonamiento por el que deduce la certeza del hecho presunto a partir del indicio”³⁴⁶.

La jurisprudencia constitucional ha mantenido que la motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no solo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también “las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de pruebas es imprescindible una motivación expresa para determinar...si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea

³⁴⁴ STC 81/1988, de 2 Abril.

³⁴⁵ STC 242/2005, 10 Octubre; STC 35/2006, 13 Febrero; STS 30 Mayo 2006 Rec.102/2005 FJ 2.

³⁴⁶ STC 70/2006, 27 Febrero FJ 4 ; STC 172/2005, 20 Junio FJ 4; STS 6 Noviembre 2013 Rec.2736/2010 FJ 2; STS 9 Junio 2003 Rec. 8463/1998 FJ 7; ST 6 Marzo 2000 Rec.373/1993 FJ 2; STS 25 Febrero 1998 Rec. 516/1996 y 6753/1992 FJ3.

indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia”³⁴⁷.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo coinciden en sus declaraciones, aparte de apostar por la necesidad de la motivación, en mantener que “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo”³⁴⁸.

Por todo ello no queda más que reafirmar el papel significativo de la motivación en la protección de los derechos fundamentales del imputado en los procedimientos administrativos sancionadores, pues de todo lo expuesto se deriva que la falta de la motivación o un cumplimiento inadecuado de ella exigida para la valoración de las pruebas practicadas, máxime cuando se basan en meros indicios o presunciones, comportaría claramente la lesión de garantías constitucionales, como el derecho a la presunción de inocencia.

C) La función democrática: la motivación de la actividad administrativa ante la opinión pública.

La simple limitación del sujeto destinatario del acto al interesado ocultaría parte de la realidad jurídica sobre la que se asienta la motivación. Tal equiparación sería admisible si se acotara el acto administrativo a una perspectiva privatista calificándolo como una mera declaración de voluntad, lo cual no tendría sentido si nuestras miras van anexas a una visión más sistémica y global que entiende el acto también como acto jurídico público en el que se manifiesta de forma externa el ejercicio del poder aplicando la norma correspondiente. Por todo ello no solo debemos asignar a la motivación un único destinatario como puede ser el sujeto al que va dirigido la concreta decisión

³⁴⁷ STC 174/1985, 17 Diciembre.

³⁴⁸ STC 70/2006, 27 Febrero FJ 4; STC 172/2005, 20 Junio FJ 4; TS 6 Noviembre 2013 Rec.2736/2010 FJ 2; STS 6 Marzo 2000 Rec.373/1993 FJ 2.

administrativa adoptada sino que debemos precisar y ampliar el círculo de sujetos destinatarios también a la colectividad soberana. De ahí que la motivación ha de catalogarse, en un primer momento, como un instrumento de garantía dirigida al interesado que aporta publicidad y transparencia administrativa permitiéndole el conocimiento de las razones y su posterior defensa si lo estimara necesario tal como hemos comprobado en líneas anteriores y, en segundo lugar, como un auténtico elemento de control por parte de la opinión pública.

Presentada por MARTIN RETORTILLO como una de las funciones de la motivación y perfilada por DE LA VALLINA como una de las razones de carácter práctico para exigir su cumplimiento, el hecho de satisfacer psicológicamente a la opinión pública al permitir conocer las verdaderas razones del actuar de la Administración, es un hecho que requiere también de su atención como finalidad perseguida por la motivación³⁴⁹.

Siguiendo este estela, SANCHEZ MORON no duda en calificarla como “forma de control social de la Administración”³⁵⁰, permitiendo, a su vez, a FERNANDO PABLO cuando rescata tales aportaciones dejar expuesto que si históricamente la Administración se justificaba ante el legislativo o el ejecutivo, hoy “debe justificarse, ante todo, frente a la opinión pública“, siendo éste el papel más inmediato de la motivación. Este autor aparte de recalcar en la función informativa y justificadora de la motivación, asimila el acto administrativo a la sentencia como decisiones procedentes de poderes jurídicos públicos que se ejercen según un canon de legitimación racional y objetiva trasladando a la comunidad un control difuso y democrático sobre la racionalidad o no arbitrariedad del poder. En tanto en cuanto el poder público aspira a legitimarse frente a la colectividad, observa que las técnicas con las que el ordenamiento traducen la legitimidad política han evolucionado de unas formas de legitimación subjetiva, como la competencia, hacia instrumentos objetivos que manifiestan la intrínseca adecuación y no arbitrariedad de la decisión, considerando como una de ellas a la motivación³⁵¹.

³⁴⁹DE LA VALLINA, J. L. (1967), *op. cit.*, pp. 77-78. Este último autor considera que tal planteamiento está justificado por el crecimiento experimentado por el Poder público a consecuencia del intervencionismo administrativo.

³⁵⁰SANCHEZ MORON, M. (2015), *op. cit.*, p. 548.

³⁵¹FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 33.

Con relación a la opinión pública, al no tener ésta acceso a los elementos del procedimiento que explican la decisión, la función justificadora que envuelve a la motivación prevalece sobre la meramente informativa.

Por otra parte, la jurisprudencia también hace hincapié en este aspecto y exige el cumplimiento de la motivación haciendo constar las públicas razones de hecho y de derecho que la justifican y fundamentan con la finalidad de permitir el control indirecto de la opinión pública para que no aparezca el acto como una manifestación voluntarista y de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada. Así, en un supuesto concreto de contratación administrativa, en contratos de gestión de servicios públicos como el relativo a la adjudicación de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, se declara que el informe de la Comisión de Valoración, como órgano auxiliar técnico en que se fundó la decisión administrativa de adjudicación, no puede servir de soporte a una correcta motivación porque no sirve para cumplir las finalidades a que está destinada dicha motivación: “demostrar ante la opinión pública que el acto administrativo no es producto de un voluntarismo autoritario improcedente, constituir un elemento interpretativo de gran valor y permitir su control jurisdiccional”³⁵².

Recientemente, esta función democrática se revaloriza a raíz de disposiciones normativas aprobadas que apuestan por los principios ya tratados anteriormente, como la transparencia administrativa, que actúa a su vez como germen para instar y replantearse un derecho autónomo a conocer los motivos de la decisión. En la Exposición de Motivos de la Ley de Transparencia de Andalucía se recoge que “Sin el conocimiento que proporciona el acceso de los ciudadanos a la información pública, difícilmente podría realizarse la formación de la opinión crítica y la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, un objetivo irrenunciable que los poderes públicos están obligados a fomentar”, de ahí la importancia que haya de darse al acceso a la información sin el cual no cabe forjar una opinión pública ilustrada y, sin el cual, todo sistema de rendición de cuentas resultaría ilusorio. Una adecuada participación y un efectivo control del ciudadano requieren ineludiblemente la existencia de una comunidad debidamente informada acerca del funcionamiento y de las acciones de las autoridades públicas. La transparencia de la actuación de los poderes públicos ha de ser entendida como uno de los instrumentos que

³⁵² STS 23 Octubre 2013 Rec. 2327/2011 FJ 4; STS 26 Marzo 2013 Rec. 2300/2011 FJ 4.

permite que la democracia sea más real y efectiva. Si la exigencia de dar respuesta se considera generalizadamente un componente esencial del concepto “rendición de cuentas”, va de suyo que la transparencia, entendida como obligación de informar sobre las actuaciones y decisiones del gobierno, así como de sus motivaciones deviene asimismo una condición consustancial al mismo³⁵³.

En definitiva, la Administración se democratiza a través de la motivación al estar obligada a rendir cuentas, no solo a los interesados sino también a la colectividad, entre otros, de la no arbitrariedad de sus decisiones.

2.2. Lo que la motivación pretende evitar: el riesgo de la arbitrariedad.

El acierto de una adecuada motivación garantiza el cumplimiento de las diferentes funciones que en sí encierra la motivación. Tales finalidades consolidan su fundamento pero también evitan de manera implícita la presencia de una serie de riesgos que atentan la razón de ser de la motivación.

El interés por proceder a la motivación del acto administrativo y hacerlo de la manera más correcta y conforme a derecho, es algo que subyace por las posibles consecuencias que puede arrastrar una motivación defectuosa o insuficiente como la presencia de la arbitrariedad. La apuesta por erradicar este riesgo es garantía de una motivación bien efectuada, así al juez no solo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumple sino que le incumbe el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad, entendiendo así a la motivación como instrumento preventivo de la arbitrariedad como ya hemos tenido ocasión de comprobar al tratar la conexión de la motivación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Por otra parte, también se ha cuestionado por parte de la doctrina si los defectos o vicios de la motivación pueden constituir supuestos de desviación de poder, alegando algunos autores que su falta o insuficiencia es extraña a tal vicio y otros, como MARTIN RETORTILLO que admite que el defecto de la motivación constituye exceso de poder recalando que no hay inconveniente en admitirlo siempre que “no se olvide que la ilegitimidad reside en los motivos”³⁵⁴. La motivación como indicador del vicio de la desviación de poder, actúa como mero avisador, como vehículo transportador de

³⁵³ MEDINA GUERRERO, M. (2014), *op. cit.*, p. 325.

³⁵⁴ MARTIN RETORTILLO BAQUER, S. (1957), *op. cit.*, p.129.

motivos o razones, que a través de ella se permite detectar la desviación de poder al dar a conocer los motivos que resultan ser ilegítimos.

Otros riesgos como la inseguridad, la opacidad, son también desterrados con la presencia de una adecuada motivación que cumpla con sus respectivos requisitos de legalidad, los cuales serán objeto de atención en el siguiente capítulo.

2.3. El deber de resolver como garantía de los fines de la motivación: el silencio administrativo y sus repercusiones.

Una de las principales garantías del procedimiento administrativo es el deber legal que pesa sobre la Administración instructora del mismo de resolverlo en plazo cuyo cumplimiento se sustenta mediante declaraciones tanto meramente formales que certifican oficialmente la terminación del procedimiento a raíz de determinadas circunstancias acaecidas para evitar situaciones de incertidumbre, como con aquellas que se pronuncian sobre el fondo del asunto.

Las diferentes finalidades que arrastra la motivación surten efecto en la medida que la Administración cumple el deber de resolver acompañado de la correspondiente justificación, aunque son dos figuras autónomas e independientes, la resolución y la motivación, el deseo en la práctica administrativa es que vayan inexorablemente unidas; pretensión tal que en la mayoría de las ocasiones no es lograda al producirse situaciones de hecho en las que tanto se cumple el deber de resolver con la ausencia de la motivación como aquellas en las que se incumple el deber de resolver y por tanto también el incumplimiento de la exigencia de la motivación. El tratamiento de la primera situación apuntada se prorrogará para el último de los capítulos en el que de manera específica se expondrán las consecuencias del incumplimiento de la motivación, centrándonos así pues, en todo aquello relativo al incumplimiento del deber de resolver que revierte en la motivación.

La ausencia de resolución constituye un supuesto independiente de inactividad administrativa que, por regla general, absorbe cualesquiera otros defectos o vicios de omisión que pudieran darse durante la tramitación, incluidos los de omisión que quepa deducir de la infracción de deberes formales siempre instrumentales y subsidiarios de aquel principal de resolver, como puede ser la motivación.

Pese a ello y sin entrar en un análisis exhaustivo del deber de resolver, pues no es objeto de nuestro estudio, es oportuno puntualizar de entrada dos datos referentes a dicho cometido que mantienen una inevitable conexión con la motivación: uno, relativo

al contenido de la obligación de resolver y dos, las posibles secuelas de la falta de resolución expresa y notificación en plazo.

En primer lugar, en relación al contenido que ha de darse para entender efectuada la obligación de resolver se plantea la cuestión de si tal cometido queda satisfecho meramente con dictar una resolución administrativa o si del mismo se deduce también la demanda de motivar la citada resolución fuera de los supuestos legalmente contemplados.

Aunque por parte de la doctrina se alegan dualidad de fundamentos y consecuencias jurídicas del incumplimiento de las respectivas obligaciones, ya sea resolver, ya sea motivar, lo cierto es que hay una clara instrumentalidad de la exigencia de una resolución respecto a conocer los motivos que han decidido a la Administración adoptar finalmente por una opción, sin que dicha instrumentalidad signifique que en todo caso el incumplimiento de la obligación de resolver provoque el incumplimiento de la obligación de motivar. Y ello, en primer lugar, por cuanto no todo acto administrativo resolutorio debe necesariamente motivarse y en segundo lugar por el hecho de entenderse cumplida en determinados supuestos dicha exigencia a lo largo del procedimiento constando en el expediente, en los supuestos que legalmente haya de producirse.

Pese a ello, es cierto que en algunos casos el incumplimiento del deber de resolver se traduce en incumplimiento del deber de motivar, así cuando se produce una inactividad formal de la Administración dando lugar al silencio administrativo, hecho que genera un grave daño para las garantías del recurrente que carece de la posibilidad de exigir frente al silencio una manifestación de los motivos de la desestimación presunta antes de acudir al contencioso, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos. Durante los últimos años, se observa en la práctica diaria que la motivación judicial ha sustituido a la motivación administrativa, proponiéndose otro tipo de medidas alternativas, como pueden ser las medidas cautelares positivas adoptadas por jueces y tribunales, adoptadas por primera vez mediante el innovador Auto del TSJ del País Vasco de 21 de Marzo de 1991.

La segunda nota apuntada, las posibles secuelas del incumplimiento de la obligación de resolver que pueden repercutir sobre la exigencia legal de motivar las decisiones administrativas, nos lleva a consultar una serie de técnicas que el legislador

actual contempla según los casos una vez producida la inactividad formal administrativa³⁵⁵.

Cuando se trata de procedimientos iniciados de oficio por la Administración susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen a los ciudadanos, la Ley prevé la técnica de la caducidad por inactividad de la Administración o perención cuyo único efecto directo consiste en dar por finalizado el procedimiento como garantía de seguridad jurídica para los afectados no siendo significativo la presencia o ausencia de la motivación.

Ahora bien, cuando se trata de procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en concreto en aquellos supuestos en los que la Administración debe autorizar o denegar el ejercicio de una actividad que se pretende realizar o debe resolver una solicitud relativa a una petición, reclamación o recurso, así como en los procedimientos iniciados de oficio por la Administración de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas como las relativas a supuestos de convocatoria de subvenciones o licitaciones de contratos administrativos, el legislador articula una técnica que permite ofrecer una respuesta al fondo del asunto denominada silencio administrativo cuyo objeto más inmediato es servir de garantía administrativa para los ciudadanos³⁵⁶.

No obstante, a pesar de la función garantista que emana del silencio administrativo, su presencia puede entrañar cierto peligro para la subsistencia y efectividad del deber de dictar una resolución motivada y expresa, que curiosamente ya advirtió el legislador de 1956 en la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa cuando ninguna Ley imponía de manera general la obligación de la motivación, y cuando a los dos años se aprobaría una nueva ley de procedimiento que erradicaría tal principio. La aludida Exposición de Motivos señala, por un lado, que “El silencio administrativo, ciertamente no puede ser conceptualizado

³⁵⁵ Vid. PEREZ CASTILLO, R. (2004): *La obligación de resolver de forma expresa y el silencio administrativo como efecto de dicho incumplimiento*, IAAP, Sevilla; ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2001): *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, Marcial Pons, Madrid; AGUADO I CUDOLA, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons.

³⁵⁶ Vid. entre otros, GARRIDO FALLA, F. (1955): “La llamada doctrina del silencio administrativo”, RAP núm.16, pp. 85-116; GONZALEZ PEREZ, J. (1957): “El silencio administrativo”, *Revista de Derecho Procesal*, núm.3, pp. 757 y ss.; MORILLO VELARDE PEREZ, J. I. (1986): “Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *REDA* núm.49, pp. 65-83; (1995): *Los actos presuntos*, Marcial Pons; (2002): “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”, RAP núm. 159, pp. 87 y ss.; PAREJO ALFONSO, L. (2011): *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch.

como un medio a través del cual la Administración puede eludir sus obligaciones de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedar exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado” y prescribe, por otro, en su artículo 38 párrafo segundo que “La denegación presunta no excluirá el deber de la administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada”.

Dicha advertencia no cuajó en la LPA de 1958 al omitirse radicalmente alusión alguna a la fundamentación de la resolución expresa y mantenerse el deber de dictar dicha resolución a pesar de haberse producido una denegación presunta. Tampoco la LRJPAC sugiere en ningún momento a la motivación como deber subsidiario del deber de resolver ni es contemplada como exigencia en los supuestos de desestimación por silencio administrativo.

El Defensor del Pueblo ha sido consciente de toda esta problemática que arrastra esta técnica advirtiéndolo en su informes anuales un abuso fraudulento de la institución del silencio administrativo que la desnaturaliza como garantía de los administrados, pues le permite acudir a la vía jurisdiccional no como facultad sino como obligación, lanzando sobre los órganos judiciales “la carga, de tiempo y de dinero” para obtener lo que en toda lógica debería haberse resuelto en vía administrativa. Insiste el comisionado que “a través del silencio negativo no se pone fin al procedimiento administrativo, en la medida que la Administración no queda en ningún caso liberada de la obligación de dictar una resolución, siendo precisamente el estricto cumplimiento de esta obligación lo que mantiene esta técnica legal como garantía a favor de los administrados impidiéndole convertirse en un privilegio más a favor de la Administración” y recuerda que “no debe ser conceptuado el silencio administrativo como un medio por el que la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones o el deber de dictar un proveído expreso debidamente fundado”³⁵⁷.

Por otra parte y en relación con esta técnica del silencio surgen otras cuestiones en las que de nuevo la presencia de la motivación es detectada al quedar entrelazada, por un lado, con la posibilidad de la resolución tardía expresa y, por otro, con la impugnación del silencio en los supuestos de desestimación presunta.

Una vez vencido el plazo máximo en el que debe dictarse la resolución cabe aún la posibilidad de que la Administración dicte una resolución expresa pues como recuerda el legislador en la Exposición de Motivos de la LRJPAC “la Administración

³⁵⁷ Informe “El Defensor del Pueblo y el silencio administrativo”, *Documentación Administrativa* núm. 208, pp. 209 y ss.

sigue teniendo la obligación de resolver expresamente” y no está de más añadir y completar, ante el silencio del legislador, que dicha obligación abarca también la de motivar, aspecto que como anteriormente comentamos sí reflejaba de forma expresa el legislador de 1956. A lo más que podemos llegar con una interpretación del vigente artículo 43.3.b) de la LRJPAC, es a afirmar que en supuestos concretos de desestimación presunta si la resolución tardía es desestimatoria, aún cuando esta no satisface la pretensión del solicitante, el interesado dispondrá, al menos, de una notificación con el contenido de la resolución y, en su caso, su motivación.

Atendiendo a la segunda cuestión relativa a la impugnación del silencio administrativo desestimatorio es de destacar la doctrina defendida por el Tribunal Constitucional que caracteriza esta modalidad de silencio como “una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración“, considerando evidente que ante una resolución presunta, ya sea en vía de recurso, ya sea en vía de petición, “el interesado no está obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndole un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración”³⁵⁸.

Pese a que el Tribunal Constitucional en sus recientes pronunciamientos sigue aferrado a dicha doctrina, ello no le libra de quedar exento de críticas doctrinales pues a propósito de la STC 52/2014, de 10 de Abril de 2014 que sigue apostando por la vieja expresión “ficción de efectos procesales” para describir la naturaleza jurídica del silencio administrativo desestimatorio, un gran estudioso de la materia, MORILLO-VELARDE PEREZ, en el comentario de la aludida sentencia pone el dedo en la llaga, tanto al considerar, por un lado, “lo erróneo de contraponer la desestimación presunta del artículo 46. 1 LJ a la ficción de efectos procesales” cuando realmente, explica el autor, “se está diciendo lo mismo con términos diferentes” como al apuntar, por otro lado, que dicha expresión “posee una fuerza de talismán que invita a pasar por alto la realidad que encierra” afirmando que “hablar de ficción de efectos procesales como algo contrapuesto o diferente de acto presunto desestimatorio es sencillamente un despropósito, por más extendida que esté esta práctica y sea sostenida por nuestros operadores jurídicos al más alto nivel, para los que van todos mis respetos”³⁵⁹.

³⁵⁸ STC 117/2008; STC39/2006.

³⁵⁹ MORILLO-VELARDE PEREZ, J. I. (2014): “Comentarios a la STC 52/2014, de 10 de Abril de 2014: está modificado el inciso del art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción

La jurisdicción contenciosa administrativa se ha pronunciado en supuestos concretos de desestimación por silencio acerca de la admisibilidad o no de la evidente falta de motivación alegada como vicio del acto presunto, declarando que

“estas alegaciones están en contra de la naturaleza propia del silencio administrativo negativo, que es una presunción establecida a favor de los particulares para que no tengan que esperar a una resolución expresa tardía que es obligatoria dictarla en todo caso, y por esta misma razón, si se opta por acudir a la vía jurisdiccional, lógicamente habría que pasar por el defecto de motivación, siendo el órgano jurisdiccional el que, a la vista de todos los elementos concurrentes en el expediente administrativo y en la fase probatoria, decidirá el ajuste o no del silencio negativo con el ordenamiento jurídico”³⁶⁰.

En definitiva, la ausencia de una adecuada sanción en aquellos supuestos en los cuales el legislador considera desestimadas de forma presunta las pretensiones formuladas por los interesados en el procedimiento, ha ocasionado que en el silencio administrativo no puedan operar las garantías habituales del administrado como la posibilidad de obtener una resolución expresa y contextualmente motivada. Las oportunas reflexiones por parte de tribunales, en especial el Tribunal Constitucional, han girado en torno al incumplimiento del deber de resolver exponiendo las repercusiones del silencio como garantía de acceso a la jurisdicción, omitiendo cualquier consideración hacia el otro incumplimiento que se genera: el del deber de motivar.

La consolidación del silencio como verdadera garantía se produciría si se permitiera al interesado conocer los motivos en los que se basa la presunta desestimación y así proceder a su impugnación con conocimiento de causa, realzando el significativo papel que ostenta la motivación. La doctrina se lamenta que ni siquiera el texto constitucional parece haber dado lugar en la habitual exposición del derecho positivo, a una reinterpretación adecuada de los textos en presencia que garantice un derecho de información *a posteriori* sobre los motivos de un acto administrativo o de una decisión presunta, hecho que se explica por la redacción lejana al valor de la

Contencioso-administrativa: no existe ya plazo para recurrir las desestimaciones por silencio administrativo”, *RAAP* núm. 88, pp. 185-192.

³⁶⁰ STS 2 Febrero 2010 Rec.2878/2007 FJ 3; STS 19 Mayo 2009 Rec. 5182/2006 FJ 3.

opinión pública y ante el que se presentan propuestas, con base a soluciones comparadas, que permiten actuar “una verdadera pretensión de información sobre los motivos de una decisión administrativa, de manera que, frente a actos expresos, resulte posible siempre acudir a la vía de recurso con pleno conocimiento de los fundamentos y del criterio mantenido por la Administración y frente al abuso del silencio es posible instrumentar una autónoma pretensión de conocimiento cuya no satisfacción permite mantener abierto el plazo de recurso contra la resolución inicial”³⁶¹.

Por todo ello, sería aconsejable un nuevo replanteamiento del silencio administrativo que devuelva su sentido original de garantía para el administrado que no solo incluya el deber de resolver sino también el deber de motivar la decisión administrativa adoptada y que acompañado de las oportunas sanciones revaloricen a la motivación con la plena operatividad de todas sus finalidades, que recordamos van dirigidas tanto en interés del interesado, del propio juez que controla el acto como también de la colectividad.

³⁶¹ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 128.

CAPITULO III. REQUISITOS DE LA MOTIVACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La motivación es apreciada como única formalidad impuesta de forma rigurosa en la LRJPAC, implantación que se ha dado, según deja constancia SANTAMARIA PASTOR, de forma parcial en el procedimiento administrativo, ya no solo en cuanto su ámbito material, como observaremos en el capítulo pertinente, sino también en lo referente a sus requisitos, en concreto en cuanto a la extensión de su contenido que únicamente exige que la motivación sea sucinta³⁶². Exponer cuáles son tales requisitos, cuáles tienen que concurrir en la motivación para considerarla adecuada a Derecho es una tarea importante y determinante para evitar situaciones en las que se adopten motivaciones que hagan uso de expresiones generales o fórmulas tipo que pudieran ocasionar perjuicios e indefensión al interesado, no permitiendo así alcanzar las finalidades que les son propias e inherentes.

El legislador hace uso de la aludida parcialidad en el artículo 54.1 de la LRJPAC al exigir que en la motivación se debe recoger “una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”. Queda claro que la alusión a los hechos en que se apoya y a las normas jurídicas que aplica es preceptivo, debe darse. Es cierto, en eso consiste la motivación, en aportar o exteriorizar razones, argumentos, explicaciones en relación a unos determinados hechos pero ¿con qué amplitud? ¿Con qué extensión? ¿Con qué alcance?

De entrada cabría afirmar que, sin excusar a la Administración de motivar sus decisiones, no se le exige “un formalismo acendrado propio de las resoluciones judiciales” ni tampoco se entiende que cumple con tal obligación a través de cualquier manifestación³⁶³. ¿Cuáles serían entonces los requisitos que tienen que concurrir en la motivación para considerarla conforme a Derecho? ¿Existe alguna fórmula predeterminada a la que atenerse? En definitiva, cuestiones relativas a cómo ha de efectuarse la motivación, que contenido mínimo ha de recoger o a qué órgano se le encomienda tal labor son las que ahora presiden nuestra investigación.

No solo el legislador estatal demuestra cierta apatía al recoger de forma parcial lo referente al contenido de la motivación, también el legislador autonómico mimetiza tal opción como ya hiciera al silenciar sobre el concepto. En un recorrido por las

³⁶² SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2009), *op. cit.*, p. 77.

³⁶³ STS 18 Mayo 2004 Rec. 6793/2000 FJ 2; STS 5 Mayo 1999 Rec. 4036/1993 FJ 2.

legislaciones autonómicas sobre procedimiento administrativo, resalta la Ley de régimen jurídico de Cataluña que sí apuesta valientemente por despejar un poco más tal parcialidad recogiendo en su preceptos que los actos administrativos, en concreto los resolutorios, “serán motivados con una referencia sucinta de los hechos y fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas aplicables y, si procede, del régimen de recursos que sea procedente”, según dicta el artículo 22.1 c) Ley 26/2010, 3 Agosto, de Régimen Jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña.

Por otra parte, resulta también llamativo que la intensidad de la motivación sea exactamente igual en el vigente marco constitucional, que en el ordenamiento preconstitucional, y que no se haya avanzado nada respecto a lo exigido por el derogado artículo 43 de la LPA.

Por todo ello y en aras de lograr la multifuncionalidad que irradia la plena operatividad de la motivación, se abordará de forma pormenorizada los requisitos que estimamos han de ser necesarios para que el cumplimiento de la motivación sea lo más coherente y eficaz posible, atendiendo tanto a los aspectos formales y de contenido como los aspectos subjetivos.

2. REQUISITOS DE FORMA EN SENTIDO ESTRICTO: ¿CÓMO SE MOTIVA?

Ante la actitud callada del legislador en la conveniente y necesaria enumeración de los requisitos necesarios que clarifique el aspecto formal de la motivación y así entenderla conforme a Derecho, la jurisprudencia nos ofrece diversos pronunciamientos a través de los cuales intentan modelar cómo se deben exteriorizar las justificaciones de las diferentes decisiones administrativas.

Junto a tales creaciones jurisprudenciales y lo regulado legalmente de forma escueta y expresa, podemos afirmar, de entrada, que para entender que estamos ante una adecuada motivación, se requiere que sea sucinta, suficiente y congruente, precisando que toda esta amalgama de adjetivos, aunque se predicen de la motivación, no parten del mismo criterio, así mientras el calificativo sucinta se refiere al estilo de la motivación, la suficiencia atañe a la estructura.

2.1. Referencia de hechos y fundamentos de derecho: la motivación puede ser sucinta.

De la literalidad del artículo 54 de la LRJPAC se deduce que para el cumplimiento de la exigencia de la motivación en los diferentes supuestos legalmente contemplados, el órgano administrativo ha de recoger la “referencia de hechos y fundamentos de derecho” de forma sucinta. Es el único de los requisitos que viene recogido de manera expresa por el legislador y que ha sido admitido sin reservas por parte de la jurisprudencia³⁶⁴.

El término sucinto debe interpretarse como “un razonamiento parco, en cuanto permita colegir la lógica de la decisión adoptada”³⁶⁵, bastando que “expliciten la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa”³⁶⁶. La debida motivación de los actos no exige una argumentación prolija y detallada; no requiere una extensa exposición de razonamientos, no necesita ser exhaustiva, puede ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no sean precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea³⁶⁷.

Siendo lo determinante que la resolución permita conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento expresado, no debe, por tanto, identificarse motivación con extensión de los fundamentos de derecho³⁶⁸.

La motivación no requiere, como ya hemos apuntado, un reconocimiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional y meramente ritual, sino que bastaría con especificar la causa de la resolución, esto es, la adecuación del acto al fin perseguido. Así en supuestos de actos administrativos que limiten derechos subjetivos, como una denegación de una petición de asilo, bastaría que el “acto administrativo manifieste de forma sucinta pero suficiente la causa de la inadmisión”³⁶⁹.

La jurisprudencia no tiene reparos en admitir la motivación de forma sucinta porque, aunque sea breve la referencia al precepto legal o su reproducción literal, de la lectura de la norma invocada se permite conocer cuales son las razones por las que la Administración adopta su decisión. Ahora bien, la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no debe confundirse con su falta de

³⁶⁴ STS 9 Diciembre 2014 Rec. 4076/2011 FJ 4; STS 31 Mayo 2012 Rec. 3090/2011 FJ 4; STS 14 Diciembre 2011 Rec. 4610/2009; STS 7 Junio 1999 Rec. 5613/1993 FJ 2; STS 16 Mayo 1990 RJ 1990/4169 FJ 2; STS 3 Julio 1989 RJ 1990/10447 FJ 2.

³⁶⁵ STS 24 Septiembre 2012 Rec. 5473/2010 FJ 2.

³⁶⁶ STS 22 Julio 1993 Rec. 9064/1990 FJ 7; STSJ (La Rioja), núm.230/1996, 13 de Mayo FJ 3.

³⁶⁷ STS 17 Octubre 2000 Rec. 220/1999 FJ 3; STSJ (Cantabria) 19 Septiembre Rec. 209/2002 FJ 7.

³⁶⁸ STS 29 Marzo 2012 Rec. 2940/2010 FJ 2; STS 8 Marzo 2012 Rec. 6558/2008 FJ 2.

³⁶⁹ STS 28 Octubre 2005 Rec. 5218/2002 FJ 3.

motivación de manera que “una motivación sucinta o escueta no equivale a ausencia de la misma” cuando es suficientemente indicativa de las bases y presupuestos en que se asienta la decisión administrativa impugnada³⁷⁰.

En materia de extranjería, en un concreto supuesto de denegación de entrada en el territorio nacional y pese a la presencia de una motivación breve y escueta, se alega falta de la misma, siendo desestimada tal causa por el Tribunal Supremo cuando resuelve de forma rotunda declarando que los actos administrativos señalan expresamente que el motivo de la denegación de entrada fue el de "no reunir el requisito de presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, así como carecer de medios económicos"³⁷¹.

De manera coherente y coincidente también se ha pronunciado dicho tribunal en supuestos de contratación administrativa, en los que se enjuician contratos de obras suscritos para la construcción de paseos marítimos, que se modifican posteriormente, y cuya liquidaciones definitiva de las obras son recurridas en casación en los que reconoce que “tanto los informes emitidos por el Servicio de Costas como en la resolución que aprueba la liquidación definitiva no se ha realizado una motivación exhaustiva de las razones que justifican la desestimación de las alegaciones”, apoyándose en el valor que irradia una motivación sucinta para desestimar los respectivos recursos³⁷².

Muchas de las decisiones administrativas recurridas alegan falta de motivación cuando en realidad sí se cumple tal requisito, aunque se refleje, como dice literalmente el Tribunal Supremo, de manera “muy sucinta”, pero suficiente porque en sus fundamentos se contienen las razones de la decisión que se expresa en el fallo. La motivación sucinta de la resolución no es argumento bastante para declarar su nulidad, siempre que contenga los elementos precisos para determinar sus fundamentos y finalidad, sin que induzca a situación de indefensión alguna al interesado si ha entendido perfectamente el alcance y los efectos jurídicos de dicha resolución³⁷³.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional también acepta la motivación de forma “breve y sintética”³⁷⁴ y señala que para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de motivación de las resoluciones, es necesario el análisis, aunque no sea

³⁷⁰ STC 36/1982, 16 de Junio FJ 8; STS 20 Enero 1998 Rec. 569/1994 FJ 4.

³⁷¹ STS 9 Enero 2008 Rec.4453/2004 FJ 1.

³⁷² STS 21 Marzo 2012 Rec.642/2009 FJ 4; STS 15 Febrero 2012 Rec. 1419/2009 FJ 4.

³⁷³ SAN 13 Enero 2000 Rec.1001/1999 FJ2; STS 19 Febrero 1999 Rec. 968/1993 FJ 3.

³⁷⁴ STC 75/2007, 16 de Abril FJ 6.

exhaustivo y pormenorizado, de “las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta para conceder o denegar la petición a fin de posibilitar que el afectado pueda conocer esas razones o motivos y con ello pueda articular adecuadamente sus medios de defensa”. Tales circunstancias serán determinantes, como luego veremos, para considerar si la motivación es o no suficiente.

En ciertas ocasiones, a raíz de diversos pronunciamientos jurisprudenciales se ha constatado que el calificativo “sucinto” es una expresión que “constituye un concepto legalmente indeterminado que ha de integrarse a través de las circunstancias concretas de cada caso”, para así conseguir una correcta delimitación del término³⁷⁵.

En la línea de lo expuesto en relación a la forma sucinta de la motivación, dicha exigencia no queda circunscrita a determinados ámbitos, sino que en principio sería aplicable a cualquiera de los supuestos en que es obligatoria la motivación según lo previsto en el artículo 54 de la LRJPAC. Cuestión diferente sería la conveniencia de escoger la vía de lo sucinto en determinados casos como los actos que limiten derechos fundamentales, que sería poco recomendable.

En definitiva lo que se exige es que las razones de decidir de la Administración estén bien visibles para poder articular frente a ellas cuantos motivos de impugnación puedan ser útiles para quien pretenda combatirlas; razones cuya expresión puede hacerse de manera “sucinta”³⁷⁶ y razones que permitan conocer los criterios esenciales que fundamentan la toma de decisión, es decir, la “*ratio decidendi*” determinante del acto, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa³⁷⁷.

2.2. La motivación ha de ser suficiente.

La suficiencia de la motivación no tiene reflejo legal, no se encuentra positivizada, sino que ha sido concebida a raíz de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

³⁷⁵ STSJ (And) Sevilla 22 Marzo 2002 Rec. 2408/1998 FJ 2; STS 3 Marzo 1990 RJ 1990/2133 FJ 7.

³⁷⁶ STS 29 Marzo 2012 Rec. 2940/2010 FJ 3.

³⁷⁷ STS 23 Noviembre 2011 Rec. 3638/2009 FJ 2; STS 8 Octubre 2010 Rec. 5/2008 FJ 3; STS 14 Octubre 2008 Rec. 679/2006 FJ 1; STC 17/2009, 26 de Enero FJ 3.

Una sentencia anterior a la Ley 30/92 define a la motivación suficiente como la que “basta para dar a conocer la fundamentación que pueda respaldar el acuerdo impugnado, a fin de que el interesado pueda combatirlo adecuadamente”³⁷⁸.

La motivación ha de ser suficiente y aún en el supuesto de ser sucinta o escuetamente breve, ha de contener en todo caso la razón esencial de decidir lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuándo, cómo y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que le permiten resolver la impugnación judicial del acto³⁷⁹.

Se entenderá motivada de forma suficiente aquella decisión administrativa que exterioriza las razones que la justifican³⁸⁰, con la salvedad que tal suficiencia no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, pronunciándose de forma reiterada el Tribunal Constitucional, al requerir “examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución impugnada ha cumplido o no con el requisito de la motivación, el cual estará siempre vinculada a las circunstancias que concurren en la decisión”³⁸¹. Ratificado tal argumento por el Tribunal Supremo y adoptado como fundamento en muchas de sus decisiones, se deduce que la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según la circunstancias que hayan de explicarse y los fundamentos que se precisen³⁸².

De la opinión jurisprudencial mantenida en los últimos años, no destacan pronunciamientos que hayan generado dudas o contradicciones en cuanto a su exigencia, sí en cambio se han producido debates sobre el mayor o menor grado de suficiencia de la motivación, y ello relación con la extensión de la justificación, con la amplitud de la motivación³⁸³. La suficiencia, como apostilla IGARTUA SALAVERRIA, responde a un criterio cualitativo, en el sentido que las decisiones deben estar justificadas en grado suficiente, sin generar confusión con lo completo, que

³⁷⁸ STS 19 Junio 1990 RJ 1990/4831 FJ 1.

³⁷⁹ STS 21 Julio 2015 Rec. 516/2013 FJ 3; STS 14 Julio 2015 Rec. 3509/2013 FJ 12; STS 29 Mayo 2012 Rec.4195/2010 FJ 4; STS 11 Febrero 2011 Rec. 161/2009; STS 29 Octubre 2008 Rec. 3144/2005 FJ 7; STS 19 Julio 2007 Rec. 1815/2004 FJ 2; STS 9 Marzo 2006 Rec. 5739/2003 FJ 3.

³⁸⁰ STS 15 Febrero 2012 Rec. 3751/2009 FJ 2; STSJ Madrid, 31 Marzo 2011 Rec. 585/2006 FJ 4.

³⁸¹ STC 17/2009 FJ 3; STC 308/2006, FJ 6; STC 301/2000, FJ 2; STC 184/1998, FJ 2.

³⁸² STS 24 Septiembre 2012 Rec. 5473/2010 FJ 2.

³⁸³ STS 29 Julio 2002 Rec.7180/1996 FJ 4; STS 29 Noviembre 2001 Rec. 3563/1995 FJ 2.

responde a un criterio cuantitativo de la motivación, que implica el deber de justificar “todas” las decisiones que incidan en la resolución final del caso³⁸⁴. Es innegociable, por tanto, exigir una motivación completa que justifique todos los aspectos relevantes de la decisión mediante argumentaciones suficientes.

Tajante es el Tribunal Constitucional cuando, refiriéndose a las resoluciones judiciales, dice que “no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación”, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión³⁸⁵. E igualmente lo es cuando asegura que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone “una determinada extensión, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial”³⁸⁶, sino que “debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos”³⁸⁷.

La motivación del acto administrativo ha de ser “suficientemente indicativa”, lo que significa que “su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiere”³⁸⁸ e implica, por un lado, que puede ser sucinta o escueta, sin amplias consideraciones, cuando no sean precisas, “ante la simplicidad de la cuestión que se plantea”³⁸⁹ y, por otro lado, será exhaustiva y compleja, cuando las circunstancias del asunto así lo requieran.

Por todo ello, el cumplimiento del deber de motivar no puede analizarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda valorarse si, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes que servirán de conocimiento de la fundamentación del acto. Así cuando nos encontramos ante una motivación que no expresa las premisas de los argumentos ni indica los criterios de valoración adoptados y al elegir una alternativa en lugar de otra no se explica por que ésta es preferible a aquélla, entendemos se produce

³⁸⁴ IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003), *op. cit.*, pp. 151-152.

³⁸⁵ STC108/2001, FJ 2; STC 187/2000, FJ 2; STC 14/1991, FJ 2.

³⁸⁶ STC 36/2006, FJ 4.

³⁸⁷ STC 36/1982, FJ 8.

³⁸⁸ STS 29 Marzo 2012 Rec. 2940/2010, FJ 3; JCA(Murcia), núm.164/2007, 21 de Marzo FJ 2.

³⁸⁹ STS 20 Enero 1998 Rec. 569/1994 FJ 4.

una omisión sustancial de un requisito inmaterial: la suficiencia, cuya falta es equiparada por la jurisprudencia con la ausencia de la motivación³⁹⁰.

De igual modo no se duda en declarar un acto como inmotivado en base a una argumentación difusa y carente de concreción³⁹¹.

En otro orden de consideraciones, la exigencia de una motivación suficiente no queda restringida a determinados sectores de actuación ni a concretos supuestos sino que incumbe a cualquiera de los contemplados en el artículo 54 de la LRJPAC. La motivación suficiente de los actos administrativos es requisito insoslayable de los mismos.

En un primer momento, la suficiencia se exige tanto para los actos que afecten a derechos subjetivos como a los que limiten intereses legítimos, tal como queda reflejada en declaraciones jurisprudenciales como la siguiente cuando el Tribunal Supremo manifiesta de forma clara y expresa que

“(…) con carácter general, que la necesidad de motivación de los actos administrativos, que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, viene impuesta en el artículo 54.1.a), y ha de ser en todo caso suficiente, es decir, que aún en el supuesto de ser sucinta o escueta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el por qué de lo establecido y sancionado por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el artículo 106.1 de nuestra Constitución”³⁹².

En el supuesto concreto de las resoluciones administrativas de carácter sancionador, la motivación debe ser suficiente para cumplir con su funcionalidad frente a un doble destinatario; así, por un lado, frente al imputado la motivación tiene que permitir al sancionado el conocimiento de las razones concretas por las que en su caso particular la imposición de la sanción adoptada le ha privado o restringido de un

³⁹⁰ STSJ (Madrid), núm. 20039/2007, 16 de Mayo FJ 4.

³⁹¹ STSJ (Valencia) núm.217/2001, 23 de Febrero FJ 3.

³⁹² STS 15 Febrero 2012 Rec.3751/2009 FJ 2.

derecho y, por otro, frente a los tribunales, la motivación es el único instrumento que les permite verificar el ejercicio correcto de la potestad sancionadora de la Administración y en particular, la correcta aplicación del marco legal sancionador y del principio de proporcionalidad en la fijación del tipo de sanción su extensión, como ya hemos tenido ocasión de comentar en el capítulo anterior³⁹³.

La exigencia de la motivación también se extiende a los actos resolutorios de recursos, a los de revisión de oficio y a los supuestos de suspensión, siendo requisito de rigor, incluso, en los relativos a los actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades discrecionales. Para estos últimos, se es más cauteloso y exigente en el encuentro de una motivación adecuada, no solo sucinta, sino también suficiente “que, al menos exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión”³⁹⁴. De modo particular en un supuesto relativo a una funcionaria que ha alcanzado la edad de jubilación forzosa y solicita prolongación en el servicio activo, el Tribunal Supremo no duda en recordarle a la Administración el deber de explicitar las necesidades operativas y de servicio que concurren en el concreto supuesto y justificar la denegación al actor de su petición, consignando de forma expresa los motivos que, vinculados a tales necesidades, evidencien la improcedencia de acceder a aquélla.

“Y es que la potestad de la Administración para rechazar la solicitud del interesado, sin negar su naturaleza de potestad discrecional en cuanto derivada de sus facultades de autoorganización, ha de estar revestida de la garantía de la motivación pues, como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1984, el ejercicio de cualquier potestad discrecional “debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable”, señalando que lo arbitrario “o no tiene motivación respetable (...) o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña denota, a poco esfuerzo contrastar, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad”³⁹⁵.

³⁹³ STS 25 Octubre 2007 Rec. 2260/2004 FJ 5; STS 19 Noviembre 2001 Rec.6690/2000 FJ 5.

³⁹⁴ STSJ (And) Sevilla, 29 Febrero 2000 Rec. 652/1995 FJ 9; STC 301/2000, FJ 2; STC 36/1982, FJ 8.

³⁹⁵ STS 20 Marzo 2012 Rec. 366/2011 FJ 4.

Finalmente, la suficiencia también adquiere gran protagonismo en pronunciamientos emitidos en el ámbito de la enseñanza universitarias en cuestiones relativas a la evaluación de la actividad investigadora, estableciéndose un nuevo criterio a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1996 para la exigencia de motivación de las resoluciones de la Comisión Nacional Evaluadora así como de los informes de Comités asesores que consiste en

"las decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora están suficientemente motivadas aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación"³⁹⁶.

El interés que arrastra este nuevo criterio con respecto a anteriores resoluciones al admitir como suficiente la motivación que alude a simples puntuaciones sin más requiere una atención más detenida y pormenorizada, ofreciéndola en líneas posteriores en el estudio de las motivaciones por puntuación.

2.2.1. Algunas observaciones en torno a la motivación genérica.

Mención aparte merece la simple remisión a la normativa o al contenido de preceptos legales para entender cumplida la exigencia de una motivación suficiente y cuestionarnos si tal hecho merma su cumplimiento.

La motivación genérica, en cuanto opuesta a la motivación individualizada, al estar plagada de referencias indeterminadas a criterios subjetivos de valoración o circunstancias no concretadas, ha sido rechazada por el Tribunal Supremo en múltiples sentencias por impedir conocer de forma absoluta los criterios específicos aplicados por la Administración³⁹⁷. El uso de expresiones tan genéricas y carentes de una clara exposición de las razones que llevan al órgano administrativo que resuelve a excluir hechos o situaciones y a admitir otras, tiene la desafortunada consecuencia de no

³⁹⁶ STS 5 Julio 1996 Rec. 5236/1994 FJ 5.

³⁹⁷ STS 8 Abril 2013 Rec. 3620/2011 FJ 4; STS 31 Mayo 2012 Rec. 3090/2011 FJ 3; STS 25 Noviembre 2003 Rec.7925/2000 FJ 4; STS 16 Noviembre 2010 Rec. 490/2008 FJ 6; STS 3 Junio 2011 Rec. 3288/2007 FJ 5.

permitir a la parte defenderse y combatir el acierto o desacierto de la decisión adoptada, impidiendo además la existencia de un control posterior sobre la decisión adoptada.

En un supuesto concreto de extranjería en el que media una solicitud de permiso de trabajo no se considera suficiente por el órgano jurisdiccional competente la motivación que se refiere de forma genérica a las causas determinantes que deniegan el permiso según las disposiciones generales aplicables siendo necesario, por el contrario, que “directamente o por referencia a los informes obrantes en el expediente administrativo se argumente sobre las circunstancias concretas del índole socioeconómica en el sector afectado que determinan la improcedencia de la denegación, teniendo en cuenta las alegaciones del interesado”³⁹⁸.

Tampoco se cumple la exigencia de motivación con una genérica remisión al contenido de preceptos legales si el interesado no puede llegar a conocer la razón cabal de la negativa ni, consiguientemente, argumentar con eficacia la impugnación de esa denegación, como se observa en un supuesto relativo a la autorización pertinente para cambio temporal de modalidad pesquera³⁹⁹.

A nivel autonómico, la remisión que se realiza de manera genérica a la normativa tampoco es admisible como una motivación adecuada y suficiente. En un supuesto concreto de denegación de licencia de legalización de obras no se considera motivado el acto por no indicar los motivos del porqué la vivienda del recurrente está en situación de fuera de ordenación, ni tampoco indicar la normativa en materia de retranqueos realizando una remisión genérica al Plan General de Ordenación Urbana, remisión tal que no cumple, por tanto, con la exigencia de motivación⁴⁰⁰.

En idéntico sentido la mera referencia al precepto legal infringido es considerada por los tribunales de ámbito autonómico como motivación insuficiente como se desprende en materia sancionadora entendiendo que la mera transcripción numérica con referencia a distintos preceptos de la ley en cuestión que servirían como soporte para sancionar cualquier conducta, pero carente de la concreta individualización para el caso concreto al afirmarse que

“La mera referencia numérica a un precepto legal infringido, sin mayor referencia a la conducta del sujeto, o a su grado de culpabilidad de sujeto infractor, deja mucho que desear en cuanto al cumplimiento de las más mínimas

³⁹⁸ STS 27 Enero 2003 Rec.2661/1998 FJ 4.

³⁹⁹ STS 5 Mayo 1999 Rec. 4036/1993 FJ 2.

⁴⁰⁰ STSJ (Mad), núm.2417/2009, 17 de Diciembre FJ 4.

garantías de todo proceso sancionador. Este proceder, impide el control jurisdiccional sobre el modo en que la Administración ha hecho uso de su potestad disciplinaria, al desconocer por esa falta de motivación expresa, las razones o valoraciones que ha tenido en cuenta para la imposición de una determinada sanción”⁴⁰¹.

Claridad y rotundidad se desprende también en el ámbito material de sanciones relativas a tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial en relación a la inadmisibilidad de la referencia al precepto que se infringe como motivación suficiente

“No es motivación la expresión de un precepto y la sanción que se impone, como no lo es la parte dispositiva de una resolución, sino que la motivación ha de explicitar los hechos y su prueba y cómo se incardinan en el precepto aplicado, lo que no acontece, mayormente en este caso que no se han practicado las pruebas propuestas”⁴⁰².

2.3. La motivación ha de ser congruente.

La exteriorización de la justificación de las decisiones administrativas aparte de ser suficiente, debe ser congruente, debe tener coherencia no solo con la decisión final adoptada sino también con el fundamento de la decisión⁴⁰³.

Del expediente originado durante la instrucción del procedimiento se extrae la fundamentación de la decisión administrativa, y es por ello que la motivación al recoger las razones y el criterio que justifica la decisión, lo hace de acuerdo con el material que obra en el expediente. La justificación de la decisión deja entrever la relación lógica entre la fundamentación procedimental y la decisión y, en consecuencia, como apunta PONCE SOLE, la motivación debe ser coherente tanto con las respuestas a las alegaciones dadas por los interesados durante la elaboración de la decisión y con los informes o dictámenes que obren en el expediente, como con la decisión final adoptada⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ STSJ (Mad) núm.953/2005, 14 Septiembre FJ 4.

⁴⁰² STSJ (Extremadura) núm. 1742/2000, 30 Noviembre FJ 4.

⁴⁰³ Respecto a la congruencia procede, recordar su esencia constitucional partiendo de que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero)

⁴⁰⁴ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, pp. 525 y ss.

Con respecto a la primera observación, la doctrina constitucional distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas siendo éstas últimas las que exigen una respuesta congruente, ya que no es preciso una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas, salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes⁴⁰⁵, siendo suficiente, por tanto, con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas⁴⁰⁶. Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales y, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos⁴⁰⁷, no permitiéndose un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir⁴⁰⁸.

Si todo ello, lo trasladamos a la motivación, esta debe ser coherente con las respuestas a las alegaciones de los particulares si la consideramos, en alusión a la doctrina constitucional, como una “alegación fundamental”, pero en el caso que no lo fuera, nada impide que la motivación haga referencia a la respuesta otorgada a esas alegaciones, bien sea para expresar el criterio de la decisión mantenido, bien sea para explicar que se ha cambiado el mismo⁴⁰⁹.

Por otro lado, la motivación también debe ser coherente con los informes, dictámenes o propuestas de resolución que obren en el expediente. Esta coherencia se puede reflejar de forma clara en los supuestos de motivación *in alliunde*, que analizaremos en el capítulo siguiente, al incorporar en bloque los informes, dictámenes o propuestas, pero también en aquellos casos en los cuales la motivación se aparte de ellos, ofreciendo, en tales casos, cierta coherencia en el sentido de manifestar su disconformidad recogiendo la razón por la que se separa.

Finalmente, la motivación debe ser coherente también con la decisión final que se adopte, de manera que la justificación dada y la decisión tomada sean congruentes. El artículo 84.1 LBRL indica que la actividad administrativa “se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y

⁴⁰⁵ STC 189/2001, FJ 1; STC 36/2009, FJ 4; STC 4/2006, FJ 4.

⁴⁰⁶ STS 3 Noviembre de 2003 Rec. 5581/2000 FJ 3.

⁴⁰⁷ STC 29/2008, FJ 2.

⁴⁰⁸ STC 114/2003, FJ 3.

⁴⁰⁹ PONCE SOLE considera que “en el caso que se cambie de criterio entre el momento de la respuesta y el de la decisión final, entendemos que los principios de objetividad y racionalidad demandan que se explique el porqué en la motivación”, PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 526 nota a pie de página 969.

respeto de la libertad individual”. No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas⁴¹⁰. Muy claro se pronuncia el Tribunal Supremo sobre ello cuando manifiesta que:

“Todo acto administrativo que limite derechos o imponga cargas que deban soportar las personas físicas o jurídicas ha de estar motivado, con indicación de hechos y fundamentos de derecho. Se trata de una motivación congruente, esto es que establezca coherentemente la relación existente entre los fundamentos de la resolución y la limitación o carga que ésta imponga”⁴¹¹.

Por todo ello, es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna, pues de no cuajar tal coherencia se generaría confusión⁴¹², dando lugar, por tanto, a una motivación contradictoria, así desde la que contiene argumentos que chocan entre sí, la que aún siendo argumentos compatibles no respetan la coherencia contextual e incluso aquéllas, como apunta IGARTUA SALAVERRIA, que “no respetan las reglas de la lógica, de la ciencia o de la experiencia común”⁴¹³.

La contradicción entre el fallo de la resolución y su fundamentación ha sido catalogada por el Tribunal Supremo como vicio de incongruencia, siendo concluyente en admitir que una motivación contradictoria es un claro ejemplo de ausencia de motivación bastante y adecuada⁴¹⁴. En cambio, la opinión que mantiene el Tribunal Constitucional acerca de la contradicción como defecto de motivación va más allá de un simple vicio considerándolo lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva⁴¹⁵.

Recapitulando y sin olvidar las finalidades de la motivación, podemos concluir que no se exige una extensión determinada ni una fundamentación exhaustiva sino que en aras de cumplir la función garantizadora, la motivación ha de ser lo suficientemente indicativa de las razones que justifican la resolución, dependiendo su extensión de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, por lo que, atendiendo a las circunstancias del asunto, su

⁴¹⁰ STS 27 Enero 1996 Rec. 1311/1993 FJ 3.

⁴¹¹ STS 30 Mayo 1997 Rec. 235/1993 FJ 3.

⁴¹² STS 23 Abril 2003 Rec. 3505/1997 FJ 2.

⁴¹³ IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003), *op. cit.*, p. 153.

⁴¹⁴ STS 29 Mayo 2006 Rec.137/2005 FJ 20; STS 4 Noviembre 2009 Rec. 582/2008, FJ4; STS 9 Diciembre 2010 Rec. 1824/2009 FJ 9.

⁴¹⁵ STC 127/2008, FJ2.

contenido será escueto o exhaustivo, pero siempre con expresión de las razones legales de la decisión.

2.4. Factores que intensifican o atenúan el alcance de la motivación: el contexto en el que se adopta el acto y el contenido del mismo.

De las líneas anteriormente transcritas constatamos que la jurisprudencia se refugia en una serie de factores en la tarea de precisar el alcance de la motivación, entendiendo que esta debe valorarse en función de las circunstancias del caso concreto entre las cuales cabe mencionar tanto el contexto en el que se adopta el acto como el contenido del mismo.

Por un lado, el rigor de la exigencia de motivación descende en la medida en que el acto se produce en un contexto conocido por el destinatario del acto que le permite comprender el alcance de la medida adoptada. Tal situación podría darse en supuestos en los cuales las decisiones administrativas adoptadas van dirigidas a los funcionarios y tal condición les haya permitido participar en el procedimiento administrativo previo y haber conocido el expediente⁴¹⁶.

Por otra parte, atendiendo al segundo de los factores mencionados, la extensión de la motivación estará en función de la complejidad de lo que se cuestiona o de la dificultad del razonamiento que se requiera, de ahí que el contenido del acto sea objeto de una atención especial, pues el tipo y extensión de la motivación requerida variará en función del acto que se adopte; así, si estamos ante actos en serie y de escasa transcendencia económica o social, la motivación puede ser escueta y limitarse a indicar con máxima brevedad incluso en impreso normalizado, el hecho contemplado y el precepto aplicado, mientras que en supuestos de actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales o que afecten a derechos fundamentales, requerirá una motivación más detallada.

2.4.1. Actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales.

Los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales son los que siendo más inespecíficos dan lugar a mayor conflictividad. Reflejo de ello lo tenemos en el hecho de que requieren motivaciones muy detalladas y rigurosas, no bastando para entender el acto suficientemente motivado, con citar o aludir el artículo que otorga la potestad discrecional, sino que es necesario aportar los criterios que fundamentan la

⁴¹⁶ Esta línea se observa en jurisprudencia comunitaria STJCE 12 Noviembre 1996 as.C-294/95, Ojha/Com. Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X. (1999), *op. cit.*, p. 527 nota a pie de página 337.

resolución, pues como se alega en algún que otro dictado jurisprudencial, dicha alusión solo expresaría “un inaceptable voluntarismo subjetivo, sin aporte alguno de racionalización objetiva, lo que es impropio de un Estado de Derecho, en el que está constitucionalmente vedada la arbitrariedad”⁴¹⁷.

La jurisprudencia bandea, por un lado, imponiendo la motivación como una justificación básica y esencial de la decisión y, por otro, exigiendo un grado de detalle verdaderamente notable. Así en algunos pronunciamientos se rechaza el uso de “expresiones generales” o “fórmulas vagas y estereotipos” carentes de la imprescindible concreción para motivar actos discrecionales que resuelven concursos en los que se evalúan méritos de los participantes, exigiendo que la selección que se vaya a realizar descansa en premisas concretas y que para la elección entre varios candidatos se haga “un juicio comparativo que, partiendo de los criterios prefijados, explique de qué manera su aplicación a cada uno, en razón de sus particulares méritos, conduce a la valoración finalmente establecida y la decisión consiguiente”⁴¹⁸. En cambio, en otros el contraste se observa al aceptar simples y escuetas motivaciones que se reducen a “la simple puntuación”⁴¹⁹.

Si no se explicita el criterio, la motivación se basa en razones genéricas, existiendo un indicio de que el desarrollo de la potestad no ha estado guiado por el principio de objetividad, el cual exige una ponderación individual y pormenorizada de las circunstancias del caso. Por ello, no estaría de más importar, como nos recuerda PONCE SOLE, lo previsto sobre el tema en cuestión por la Ley alemana de Procedimiento Administrativo, conforme a la cual, aparte de los hechos y fundamentos de derecho “la motivación de las decisiones discrecionales debe indicar también los criterios en que se fundó la autoridad al actuar discrecionalmente”⁴²⁰.

Los actos de adjudicación de Administración de Loterías es otro supuesto en el que queda patente el ejercicio de la potestad administrativa de carácter discrecional en los cuales no basta con la adjudicación sin más, sino que es necesario que la Administración valore íntegramente el contenido del expediente administrativo y que exteriorice de forma justificada su decisión. El Tribunal Supremo le recuerda que “no debe actuar con criterios arbitrarios y habrá de justificar las razones que le inducen a otorgar las preferencias a uno de los locales frente a los ofrecidos por los restantes

⁴¹⁷ STSJ (Islas Canarias) Las Palmas, núm.1327/1999, 8 de Octubre FJ 2.

⁴¹⁸ STS 18 Diciembre 2008 Rec. 10622/2004 FJ 5.

⁴¹⁹ STS 27 Mayo 2009 Rec. 4580/2006 FJ 6; STS 26 Febrero 2008 Rec. 3629/2006 FJ 4.

⁴²⁰ Art.39 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Ley Federal de procedimiento administrativo.

concurantes”⁴²¹.

La motivación de actos discrecionales requiere de una suficiencia adecuada como se desprende en actuaciones que delimitan los servicios esenciales y establecen los servicios mínimos de huelga, en los que se exige “una motivación mínima y suficiente para constatar los parámetros racionales de ponderación entre los distintos servicios sobre los que incide la huelga”⁴²².

Finalmente, las subvenciones y ayudas públicas son otro claro ejemplo de actos necesitados de una motivación adecuada dictado en ejercicio de potestad discrecional en los que se requiere “una motivación suficiente, pues el mero cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas que regulan estos incentivos económicos regionales no genera, por sí solo, el derecho a obtenerlos, sino a que esa solicitud sea considerada y a que la Administración dé una respuesta fundada en Derecho a la misma”. Y en esto se aferra el Tribunal Supremo cuando resuelve en casación un recurso estimándolo porque considera que en un supuesto concreto de incentivos económicos regionales para una zona de promoción económica se da una correcta motivación siendo explícita la Administración al exponer sus razones pues

“tanto los servicios técnicos como el Grupo de Trabajo delegado del Consejo Rector llegaron a la conclusión de que la inversión no podía considerarse como actividad promocionable, al no cumplir los requisitos de la normativa vigente, pues la construcción de un nuevo hotel de 3 estrellas en Nerja fue informada negativamente por la Dirección General de Política Turística del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, a 9-5-1989, al entender que la zona no precisa de instalaciones de este tipo sino de las que satisfagan la demanda de una calidad superior, por lo que el proyecto no reúne las condiciones del artículo 7 del Real Decreto 652/1988, al no suponer una mejor importante de la calidad ni disponer de instalaciones complementarias de ocio de especial interés”⁴²³.

2.4.2. Actos que afectan a derechos fundamentales.

Las decisiones administrativas que producen una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, debido a las graves consecuencias que

⁴²¹ STS 8 Octubre 2001 Rec. 797/1995 FJ 2.

⁴²² STS 19 Enero 2007 RJ 2007/1160 FJ 1; STS 30 Abril 2007 RJ 2007/5806 FJ 3.

⁴²³ STS 12 Diciembre 2001 Rec. 8908/1995 FJ 3.

ello comporta, deberán no solo tener una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice de forma adecuada con el objeto de que el destinatario conozca las razones por las cuales su derecho ha quedado limitado. No bastaría “la sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” prevista en el artículo 54 de la LRJPAC, ni una justificación abstracta o genérica, para la motivación de actos que afecten a derechos fundamentales. La Administración estaría obligada, en la mayoría de las ocasiones, a ponderar las concretas circunstancias concurrentes y a razonar en su resolución los motivos que justifican la resolución acordada, dando lugar a una motivación con una extensión más amplia que en el resto de los supuestos. Así se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 2012 que aglutina y resume la doctrina jurisprudencial referida a la necesaria motivación que debe acompañar a las resoluciones gubernativas que fijan los servicios mínimos aplicables a una convocatoria de huelga:

“En relación con lo anterior, esta Sala, en sentencia de 19 de febrero de 2007 (recurso de casación nº 2739/2004), sostiene que “(...) Conviene recordar, a propósito de la motivación de la que venimos hablando, que el Tribunal Constitucional la exige como un requisito esencial para la validez de las resoluciones gubernativas que los señalan y que la entiende como la exposición, aunque sea sucinta, de las concretas razones por las que se imponen unos precisos servicios mínimos en las particulares circunstancias que concurren en la singular huelga a la que se refieran. La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el por qué de los mismos. Posee, además, una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los establece porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución.

De esta manera, aquellas resoluciones que fijen los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias

específicas de aquélla a la que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias”⁴²⁴.

También recuerda la doctrina jurisprudencial que la necesidad de motivar los acuerdos administrativos que delimiten los servicios esenciales y fijen los servicios mínimos en caso de huelga, arrastra la exposición de los criterios objetivos “en función de los cuales se procede a su fijación, puesto que la causalización o motivación de los servicios esenciales y de los servicios mínimos en cuanto que éstos implican límites al ejercicio de un derecho fundamental se hace precisa, debiendo referirse la motivación a los niveles conceptuales de servicios esenciales, de servicios mínimos y de efectivos personales precisos para el desempeño de estos últimos, ofreciendo una fundamentación razonada”. En muchas y variadas declaraciones se refleja interés en el alcance de la ponderación de los intereses en conflicto como verdadera exigencia de la motivación cuando se precisa que

"(...) no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga qué servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate”⁴²⁵.

Otro pronunciamiento de gran interés emitido por el Tribunal Supremo es la Sentencia de 21 de enero de 2008, que aparte de enunciar de forma expresa aspectos relevantes en el estudio de la motivación como su concepto y contenido, deja latente los requisitos necesarios de la motivación para considerarla suficiente, en casos significativos por su implicación con derechos fundamentales⁴²⁶.

Por un lado, define el Tribunal a la motivación como

“sinónimo de fundamentación explícita, racional, individualizada y comprensiva de todos elementos a que se extiende la decisión gubernativa, y de

⁴²⁴ STS 26 Diciembre 2012 Rec. 27/2012 FJ 5; STS 18 Abril 2012 Rec. 4476/2011 FJ 4; STS 21 Junio 2011 Rec. 6420/2009 FJ 3; STS 12 Marzo 2007 Rec. RJ 2007/4225 FJ 6.

⁴²⁵ STS 28 Septiembre 2012 Rec. 688/2010 FJ 3; STS 24 Octubre 2011 Rec. 974/2010 FJ 2; STS 15 Enero 2007 Rec. 7145/02; STS 26 Marzo 2007 Rec. 1619/2007.

⁴²⁶ STS 21 Enero 2008 Rec. 2685/2005 FJ 1.

superior exigencia en proporción a la intensidad de la restricción del derecho, de modo que a mayor limitación de la huelga mediante el establecimiento de unos servicios mínimos especialmente rigurosos, el deber de motivar, lógicamente, alcanza una mayor transcendencia en cuanto ha de extenderse a la justificación de estas medidas excepcionales”.

Y por otro, precisa el contenido de la motivación que no es otro que “la mención de los elementos valorados por la Autoridad para tomar la decisión de restringir el derecho de huelga en la forma y con el alcance en que lo ha hecho”. Por último concluye que la motivación, en consecuencia, es “requisito imprescindible para poder analizar la proporcionalidad en la restricción del derecho fundamental de huelga que el acto de fijación de servicios mínimos supone”.

La motivación se considera como suficiente, solo si en ella se contienen los elementos o criterios determinantes que permitan enjuiciar la proporcionalidad del acto concreto de limitación del derecho fundamental de huelga, entendiéndose en otro caso, como insuficiente vulnerándose el derecho fundamental⁴²⁷.

Las decisiones administrativas restrictivas de derechos fundamentales deben contar con una motivación razonada “que permita fundamentar y justificar la proporcionalidad de los concretos servicios fijados y explicar los procedimientos o criterios seguidos para establecer los servicios esenciales”⁴²⁸.

El Tribunal Constitucional en estos supuestos de mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad en caso de huelga mantiene la misma línea de argumentación, señalando que el acto ha de estar adecuadamente motivado, exigiendo a la autoridad gubernativa “la obligación de motivar las razones que justifican, en una concreta situación de huelga la adopción de la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad”. Hasta aquí todo igual. Pero la motivación adquiere especial relevancia y así lo ha considerado el propio Tribunal, por la limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de tales servicios. Por ello, en estos casos en los cuales se puede producir una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, como es el artículo 28.2 CE, el Tribunal aún le exige más a la autoridad que realiza el acto, no sólo ha de explicitarse los criterios seguidos

⁴²⁷ STSJ (Mad) núm.123/2005, 1 Marzo FJ 5.

⁴²⁸ STS 9 Diciembre 2015 Rec. 3191/2014 FJ 3; STS 21 Junio 2011 Rec.6420/209 FJ 2.

para fijar los servicios “sino también le exige que “debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación”⁴²⁹.

En definitiva, y como nos recuerda el Tribunal Constitucional, la motivación de la decisión de fijación de servicios mínimos precisa que figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, y recalca que han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente, “los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas”⁴³⁰. No admitiéndose como suficiente una motivación de esta materia que contenga sólo indicaciones genéricas que puedan predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone⁴³¹.

2.4.3. Actos que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o de dictámenes de órganos consultivos.

Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o de dictámenes de órganos consultivos es otro de los supuestos que requiere alguna que otra mención, en los cuales la motivación habrá de fundamentar el porqué de tal separación, para considerarla como “suficiente”.

En los supuestos que la Administración pueda apartarse del criterio seguido en actuaciones precedentes, cuando exista alguna razón debidamente justificada que lo aconseje, no le basta con una simple motivación, sino que esta ha de ser convincente, como lo mantiene una jurisprudencia ya consolidada que sienta doctrina exigiendo que

“la modificación de criterios ha de fundarse en una justificación objetiva y razonable y que ésta se haga constar en las resoluciones que al efecto se dicten. Solo de esta manera, el ciudadano afectado podrá combatir la motivación que constituye la base del cambio de interpretación de la norma efectuado por la administración y, a su vez, los órganos jurisdiccionales tendrán los datos que les permitirán resolver sobre la materia, ejercitando la facultad de control de los actos administrativos que, aun cuando sean de carácter discrecional, resultan del

⁴²⁹ STC 43/1990, 15 Marzo FJ 5; STC 26/1981, de 17 Julio FJ16; STC 2006, STS 30 Mayo 2006 Rec. 1568/2003 FJ 1.

⁴³⁰ STC 53/1986, 5 Mayo FJ 5 y 6; STC 26/1981, 17 Julio FJ 14 y 15; STC 51/1986, 24 Abril FJ 4.; STC 27/1989, 3 Febrero FJ 4 y 5.

⁴³¹ STC 51/1986, 24 Abril FJ 4 y 5; STC 53/1986, 5 Mayo FJ 6.

ordenamiento jurídico”⁴³².

La jurisprudencia no tiene reparos en admitir en estas ocasiones la posible compatibilidad de una motivación convincente con una motivación sucinta y breve siempre y cuando quede constancia de forma clara y segura las nuevas razones o criterios que fundamentan el cambio de parecer, como se desprende de un supuesto concreto de renovación de licencia de armas

“Si lo que la defensa del recurrente quiso en realidad denunciar fue la infracción del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, que obliga a motivar los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, y así debiera esta Sala admitirlo supliendo el error de aquél, tampoco advertimos que dicha infracción se haya producido, aun cuando hubiera sido deseable que el acuerdo de la Dirección General de la Guardia Civil fuese más explícito sobre este punto. En efecto, las referencias que contiene a las “circunstancias” actuales (en relación con los “criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil”) y al carácter restrictivo de la expedición de este género de licencias para armas de fuego cortas cumplen el mínimo de motivación exigible, no debiendo olvidarse que es el solicitante quien debe demostrar cumplidamente la existencia de la situación de riesgo o amenaza singular que justificarían la renovación de la licencia. Son las circunstancias concurrentes en cada momento las que determinarán la necesidad o innecesariedad de renovar la licencia ya expedida, sin que el hecho de que en un momento dado fuera otorgada implique por sí mismo la pertinencia de mantenerla por otro período temporal al término de su vigencia”⁴³³.

En cambio en otras ocasiones coincidentes en la materia objeto de enjuiciamiento, la renovación de licencia de armas, la jurisprudencia es recelosa en admitir como motivación suficiente que justifica el cambio de criterio aquella basada en remisiones genéricas en las que no se argumenta sobre las razones que puede haber tenido la administración competente para variar el criterio seguido en las anteriores

⁴³² STSJ (Asturias) núm.873/1998 23 de Octubre FJ 4 y 5; STS 18 Noviembre 1997 Rec. 4100/1993 FJ 2; STS 12 Julio 1996 Rec. 3351/1992 FJ1; STS 5 Julio 1990 RJ 1990/5970 FJ 3; STS 23 Octubre 1989 RJ 1989/6992 FJ 7.

⁴³³ STS 17 Enero 2012 Rec. 2915/2009 FJ 4.

resoluciones favorables al otorgamiento y renovación de la licencia⁴³⁴.

Por otra parte, respecto a la motivación de las decisiones que se separen del dictamen del Consejo de Estado, nos encontramos con dos referencias legales que de manera expresa optan por una motivación escueta. Así la genérica y ya comentada del artículo 54 LRJPAC cuando alude a una “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”, y la específica del artículo 2.6 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, la cual, señala que “las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él” admitiéndose para el caso en cuestión la fórmula de “oído el Consejo de Estado”.

A pesar de ello, creemos no bastaría, ninguna de estas dos referencias legales para estar ante una motivación adecuada sino que será necesario incorporar la explicación de por qué se separa del dictamen. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en un supuesto de materia de concentración de empresas al referirse al hecho de si “el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano (Tribunal de Defensa de la Competencia), quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es solo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo”⁴³⁵.

2.4.4. Actos que pongan fin a procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva.

Para casos de motivación muy complejas, como en los actos que pongan fin a procedimientos selectivos y de concurrencia, la Ley prevé que ha de realizarse de conformidad con lo que dispongan las normas que regulan sus convocatorias. El precepto legal remite a las normas de las convocatorias correspondientes, pero añade que “en todo caso” han de “quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”, por lo que, en el caso de un acto resolutorio o final que no contenga una motivación individual o singularizada para cada interesado (que puede no ser factible, en aquellos procedimientos de concurrencia masiva de candidatos), por lo menos será preciso que en el expediente consten las razones que fundamenten la resolución final, de modo que sea posible conocer la motivación examinando el propio expediente.

⁴³⁴ STS 18 Noviembre 1997 Rec. 4100/1993 FJ 2.

⁴³⁵ STS 2 Abril de 2002 Rec.1585/2000 FJ 4.

2.5. El empleo de fórmulas para cumplimentar la motivación.

En cualquiera de las realidades apuntadas, ya sea por el contenido, ya sea por el contexto en que se adopta el acto administrativo, la complejidad del tema no debe excusar a la Administración del cumplimiento de la exigencia de la motivación. Lo complejo del contenido del acto no puede, en modo alguno, comportar la exención de motivación, o la devaluación de tal exigencia, sino, por el contrario, ha de estimular la búsqueda de fórmulas concretas de exteriorización de las razones de la decisión, que sean específicas en relación con el destinatario del acto administrativo⁴³⁶. Por ello, creemos procedente la exposición de fórmulas que de una manera u otra hacen uso los operadores jurídicos, reflexionando sobre su legalidad teniendo como parámetro que su admisión se dará siempre y cuando no filtren los caracteres esenciales que dan su razón de ser e impregnan a la motivación.

2.5.1. Fórmulas convencionales o cláusulas de estilo.

La motivación no significa un razonamiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula acordada y meramente protocolaria, sino la especificación de la causa, esto es, de la concreción de la adecuación del acto al fin previsto. De ahí que su cumplimiento no se satisface con cualquier fórmula, sino que es necesario señalar los hechos y las circunstancias que concurren en términos lo suficientemente expresivos de la razón de la decisión administrativa. Debido a ello la jurisprudencia no es cómplice en admitir fórmulas convencionales y meramente rituales, insistiendo en que frases hechas, expresiones estereotipadas, cláusulas generales o alusiones populares no suponen una adecuada motivación. En aquellos supuestos en los que se produce una restricción de los derechos fundamentales, como ocurre en las resoluciones que establecen los servicios mínimos ante una convocatoria de huelga, la inadmisibilidad de fórmulas que no ofrecen explicación alguna que permita conocer a los destinatarios las razones tenidas en cuenta para fijar los servicios establecidos, está totalmente consolidada por el sector jurisprudencial⁴³⁷. De igual manera en una variada temática relativa a permisos de trabajo, solicitud de prórroga de servicio activo, tráfico, circulación vehículos y seguridad vial, entre otros, se hace mención expresa a la motivación recordando que, como exigencia legalmente establecida, permite “la comprobación de que la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines”, sin

⁴³⁶ STS 9 Julio 2010 Rec. 1/2008 FJ5; STS 8 Octubre 2008 Rec.5/2008.

⁴³⁷ STS 20 Octubre 2011 Rec. 885/2009 FJ 3; STS13 Octubre 2008 Rec. 1833/2006 FJ 5.

admitir “fórmulas convencionales”, sino dando alguna razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión administrativa⁴³⁸.

Pese a que las fórmulas convencionales se han considerado como fórmulas abstractas, genéricas, extrapoladas a cualquier caso, que no individualizan el supuesto al que se refieren y que nada explican sobre la decisión del acto en el que se insertan⁴³⁹ y, a su vez, se han entendido como fórmulas vacías de contenido concreto calificadas como “cláusulas de estilo, válidas para cualquier caso e insuficiente por tanto para todos”⁴⁴⁰, es preciso puntualizar que en escasas ocasiones se admiten con cierta cautela el empleo de ellas, como ocurre en aquellos supuestos en los que se hace uso de impresos normalizados y generalizados para justificar determinadas decisiones administrativas⁴⁴¹. La normalización es técnica racionalizadora muy conveniente, pero en lo que hace a la normalización de impresos que hayan de servir de soporte a resoluciones administrativas o judiciales hay que andar con exquisito cuidado.

En procedimientos específicos como los expropiatorios, en los que el acuerdo de fijación del justiprecio expropiatorio por los Jurados Provinciales de Expropiación habrá de ser necesariamente motivado, la jurisprudencia se muestra exigente, rechazando como ilícitas las motivaciones realizadas en el empleo de fórmulas genéricas o estereotipadas que no sean ni claras ni razonables, señalando que “la motivación no tiene por qué ser prolija casuística o exhaustiva bastando con que sea racional y suficiente” y entendiendo que tales condiciones quedan cumplidas “cuando la motivación, aún general, sea referible al caso cuestionado y contenga genéricamente la mención de los criterios utilizados y los elementos o factores comprendidos en la estimación sin que sea preciso que se describan con datos o detalles circunstanciados”⁴⁴². Se rechazan como ilícitas las motivaciones realizadas con fórmulas genéricas que no sean claras ni razonables, así, en un supuesto concreto de valoración de varias fincas, el Tribunal Supremo no admite el empleo de una fórmula como motivación genérica aplicable a todas las fincas, sino que exige el requisito de la motivación para cada una de ellas:

⁴³⁸ STSJ (Castilla y León), núm. 418/2004, 24 de Septiembre FJ 4; STS 27 Enero 2003 Rec. 2661/1998 FJ 4; STSJ (Islas Canarias), núm.678/2001, 21 de Mayo FJ 5.

⁴³⁹ Es lo que en Derecho francés suele llamarse la prohibición de fórmulas *passe-partout* o comodines, que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se está decidiendo.

⁴⁴⁰ STSJ (Galicia) núm.634/2013, 18 Septiembre FJ 4; STSJ (Islas Canarias) núm 502. /2006, 12 de Mayo FJ 2.

⁴⁴¹ STS 9 Julio 2010 Rec. 1/2008 FJ5; STS 8 Octubre 2008 Rec.5/2008.

⁴⁴² STSJ (And) 23 Octubre 1998 Rec. 1509/1995 FJ 2; STSJ (La Rioja), núm. 29/1998, 26 de Enero FJ 1; STS 8 Noviembre 1995 Rec. 954/1992 FJ 7; STS 23 Mayo 1994 Rec. 3017/1991 FJ 2.

“Tal genérica motivación, en principio aceptable si se tratase de una sola finca, no puede aceptarse aquí como auténtica motivación exigida por la Ley de Expropiación Forzosa, toda vez que el Jurado aplica tal fórmula, como una especie de latiguillo dialéctico para las cuatro fincas indistintamente, a pesar de que como consta en el expediente, las fincas o parte de ellas se encuentran en polígonos diferentes, con una calificación del suelo, lógicamente distinta, en el momento de iniciación del expediente, sobre todo en la posibilidad edificatoria de tales terrenos, y que supone una diferencia muy considerable en valor de enajenación en el mercado”⁴⁴³.

En ocasiones, la motivación puede ser escueta limitándose a indicar en un impreso normalizado de forma breve y somera el hecho contemplado y el precepto aplicado, como ocurre en los actos en serie y de escasa transcendencia económico y social. Vigente la anterior Ley de procedimiento fechada en 1958, el Tribunal Supremo ya se pronunciaba sobre la admisión de fórmulas preestablecidas declarando que

“la utilización de impresos para agilizar la tramitación del procedimiento administrativo, en una Administración intervencionista caracterizada por la producción de actos en masa, resulta ser una posibilidad evidente en razón de las exigencias del principio de eficacia de la actuación administrativa. Pero el principio de eficacia opera con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, de donde deriva que los impresos han de ser lo suficientemente expresivos para que el administrado pueda conocer el alcance del acto que se le notifica”⁴⁴⁴.

La línea jurisprudencial que defiende y admite la admisión de modelos normalizados se mantiene una vez aprobada la LRJPAC, en especial en materia de extranjería. El uso de impresos estandarizados goza de gran aceptación en dicho ámbito, siendo usual y común que la Administración al resolver las solicitudes del derecho de asilo, haga uso de formularios predeterminados en que aparezcan ya incorporados textos o argumentos de común aplicación, manifestando que “responde a una técnica de

⁴⁴³ STS 16 Mayo 1992 Rec. 2352/1989 FJ5.

⁴⁴⁴ STS 11 Diciembre 1990 RJ 1990/9734 FJ 2.

racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando den respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente”⁴⁴⁵.

Pese a esta aceptación generalizada que otorga cierta permisibilidad a las fórmulas normalizadas la mayoría de las veces, al empleo de tales modelos en el sentido de no afectar de manera negativa al cumplimiento del requisito de la motivación, la jurisprudencia no siempre es tan benigna alegando en algunos pronunciamientos sobre la materia apuntada -solicitudes del derecho de asilo-, la inadmisibilidad de un impreso formalizado como motivación al no deducirse del mismo datos certeros y claros, entendiendo que la elección del formulario ha sido empleada de manera “irreflexiva y rutinaria”. El Tribunal Supremo ha manifestado que en aquellos supuestos en los que la resolución administrativa denegatoria del asilo aparece redactada conforme a modelos predefinidos y genéricos, sin que esa generalidad y vaguedad pueda integrarse o completarse con los datos previamente incorporados al expediente, ha de darse “la retroacción de actuaciones en el expediente administrativo de su razón a fin de que la Administración dicte nueva resolución debidamente motivada”, por carecer de datos que permitan analizar y resolver la procedencia de la concesión o denegación del asilo⁴⁴⁶.

A modo de recapitulación y en materia de extranjería, en concreto referencia de supuestos de denegación del derecho de asilo, el hecho de que la resolución administrativa se sirva de razonamientos redactados conforme a un formulario aplicado en otros casos no determina una carencia de motivación, siempre y cuando la conclusión que así se expresa “sea fruto de un análisis y valoración específica de la situación personal del solicitante”⁴⁴⁷.

Por otra parte, el ámbito de contratación administrativa es proclive al uso de frases genéricas para efectuar valoraciones de las ofertas que no aportan información concreta y específica sobre las razones que determinan cada puntuación. Hecho que ha ocasionado pronunciamientos específicos por parte de los tribunales competentes de recursos contractuales que han manifestado que al tratarse de criterios cuantificables

⁴⁴⁵ STSJ (Málaga) núm.867/2014, 11 Abril FJ 5; STSJ (Málaga) núm.863/2014, 7 Abril FJ 4; SAN 7 Julio 2013 Rec.411/2011 FJ6; STS 30 Junio 2011 Rec. 3145/2008 FJ 1; STS 31 Mayo 2011 Rec.5394/2009 FJ 5; SAN 13 Abril 2011 Rec.1521/2009 FJ3; SAN 19 Enero 2011 Rec.566/2009 FJ 2; STS 20 Mayo 2009 Rec.1236/2008 FJ 2; STS 5 Julio 2007 Rec. 1152/2004 FJ 4; STS 31 Enero 2007 Rec. 9650/2003 FJ 4; STS 21 Abril 2006 Rec.2457/2003 FJ 5; STS 7 Julio 2005 Rec. 77/2002 FJ 4; STS 27 Mayo 2005 Rec.2/2002 FJ 7; STS 10 Mayo 2005 Rec.1324/2002 FJ 3.

⁴⁴⁶ STS 30 Junio 2006 Rec. 2862/2003 FJ 4.

⁴⁴⁷ SAN 17 Enero 2013 Rec.21/2012 FJ 4; STS 23 Septiembre 2011 Rec. 5422/2010 FJ 6; STS 24 Mayo 2011 Rec.5227/2009 FJ 5; STS 16 Junio 2006 Rec.4668/2003 FJ 6.

mediante juicios de valor la valoración no puede quedar reducida a una alusión genérica igual para todas las proposiciones al no permitir la distinción de las individualidades de ofertas diferentes ni conocer los motivos concretos que han llevado a esa puntuación para poder combatirlos y ejercer con garantías el derecho de defensa⁴⁴⁸. En determinados supuestos en los cuales las calificaciones otorgadas a las ofertas se apoyan en un criterio determinado- características técnicas y funcionales- justificándose en valoraciones de carácter general y a pesar de establecerse de forma previa en un cuadro resumen y no añadir ningún elemento diferenciador, se ha mantenido que todas las ofertas que reciben la misma calificación, sin disponer de elementos de juicio suficientes para poder impugnarlas, desconocen las razones específicas que la determinan y la indefensión material que genera será causa determinante de la nulidad de la resolución⁴⁴⁹.

Finalmente, es curioso comentar que en asuntos relacionados con infracciones relativas a tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, la exigencia de la motivación es atemperada admitiéndose el empleo de fórmulas estereotipadas debido al hecho de que la resolución administrativa tiene naturaleza sancionadora, entendiéndose que tales patrones “no pueden ser absolutamente excluidas como medio idóneo de motivación de resoluciones administrativas”, siempre y cuando se haya dejado constancia de las razones que permiten conocer la fundamentación del acto⁴⁵⁰; no obstante, el rigor de estas puntualizaciones se deja entrever en declaraciones no siendo admitidas en determinados casos

“No es posible, pues dar por bueno dicho actuar administrativo, en el que con una mera fórmula se pretende sustituir la resolución sancionadora, pues aun coincidiendo ésta con la propuesta formulada, resulta imprescindible plasmar en la resolución sancionadora de manera real y efectiva los criterios y factores que han llevado a dictarla en dicho sentido, sin que pueda sustituirse la perfección y eficacia jurídica de los actos por meras fórmulas rituales; puesto que una resolución motivada es garantía de que la actividad Administrativa se produce con arreglo a criterios objetivos y con respeto a los derechos de los ciudadanos; sin que la economía de medios y de tiempo y la obtención de un mejor resultado de la

⁴⁴⁸ TARC Junta de Andalucía Resol. 68/2013, 24 de Mayo.

⁴⁴⁹ TARC Junta de Andalucía Resol.140/2014 apartado 8.

⁴⁵⁰ JCA(Murcia) núm. 307/2007, 25 Mayo FJ3; JCA (Murcia) núm.287/2007, 18 Mayo FJ 3; STSJ (And.) núm. 741/2006, 18 Abril FJ 5.

actividad administrativa pueda lograrse con sacrificio de los derechos de los ciudadanos, cuya garantía constituye la esencia misma del procedimiento, por lo que sólo se pueden excluir las formas que no respondan realmente a una auténtica garantía”⁴⁵¹.

En términos generales, podríamos afirmar que la motivación predeterminada, mecanizada o estandarizada solo resultaría aceptable en la medida en que con ella se otorgue respuesta a los contenidos inherentes al deber de motivar y que a través de ella tanto el interesado y el órgano jurisdiccional fiscalizador de la legalidad del acto administrativo impugnado, pueda conocer las razones y los criterios esenciales que sirven de fundamento a la decisión de la Administración.

2.5.2. Fórmulas con signos alfa-numéricos:

A veces nos sorprende la Administración con motivaciones peculiares al optar por el uso de determinados signos alfa-numéricos para identificar los motivos en función de determinadas claves. Es en el ámbito educativo donde, de forma continuada, se opta por esta particular manera de justificar la decisión administrativa adoptada, como se desprende de un supuesto concreto de denegación de un concierto para un centro educativo en el que se alega falta de motivación al recurrirse la Orden, en concreto de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, que será desestimada por entenderse que

“no es la forma más ortodoxa, pero hay que admitirla como correcta si tenemos en cuenta que la Orden en cuestión resuelve una ingente cantidad de peticiones. Las claves explican en cada caso el motivo de la decisión desestimatoria. Y en el caso del Colegio Nuestra Señora del Rosario, podemos comprobar (clave: F) que se deniega el concierto educativo para el programa de garantía social por las unidades que se especifican, porque el centro no tiene concertadas enseñanzas post-obligatorias. Y además, porque solicita un programa inexistente”⁴⁵².

La motivación con signos numéricos es otro supuesto de motivación bastante singular que goza de una admisión más generalizada y consolidada, en especial en procedimientos de concurrencia competitiva. La actuación de los órganos calificadores en procedimientos selectivos se limita en muchos supuestos a expresar la puntuación

⁴⁵¹ STSJ (And) 11 Abril 2000 Rec.3534/1997 FJ2

⁴⁵² STSJ (And) 14 Noviembre 2007 Rec. 1115/2003 FJ 2.

que exterioriza su juicio técnico, admitiéndose como correcta y suficiente cuando las normas de regulación de la actuación del Tribunal Calificador, constituidas por las bases de la convocatorias, no exijan más que dicha puntuación.

La admisión de la simple y escueta puntuación como motivación del acto administrativo es una afirmación que requiere de ciertas precisiones, pues sobre ella han recaído opiniones jurisprudenciales que han ido evolucionando en diferentes y dispares manifestaciones que creemos conveniente dejar reflejadas, y en parte creemos se debe a la realidad jurídica de la que partimos, objeto de pronunciamientos nada pacíficos. Sin entrar en mayores detalles, dos son las consideraciones más relevantes: una, que este tipo de motivación se produce en el seno de procedimientos de selección y de concurrencia competitiva en el que los órganos administrativos ejercen la discrecionalidad técnica, cuestión ésta que tienen repercusión de una manera u otra en la admisión de una motivación mas o menos explícita en razones; dos, que según la previsión legal, la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

En virtud de lo expuesto, la aceptación de signos numéricos como fórmula empleada que sirva de motivación no deja lugar a fisuras en su aplicación por parte de los diferentes operadores jurídicos; ahora bien, la cuestión que nos atañe se cierne en el hecho de si la mera asignación de puntos sin fundamentación alguna es considerada como motivación válida y suficiente o si se requiere, por tanto, una explicación detallada de la puntuación asignada para entender cumplida dicha exigencia legal.

A) La mera puntuación en un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación.

Es significativa la doctrina legal que establece el Tribunal Supremo en relación a la labor evaluadora de los órganos especializados de la actividad investigadora y su conexión con la motivación cuando afirma que

“las decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora están suficientemente motivadas, aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al

valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación”⁴⁵³.

Muchas son las declaraciones jurisprudenciales posteriores que adoptan la doctrina transcrita en relación a la valoración de la actividad investigadora en los que se excusa a la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora de exponer su juicio valorativo, aunque éste escape efectivamente al control de los Tribunales salvo casos excepcionales, por el hecho de haber aceptado el informe de un órgano constituido para su asesoramiento, integrado por miembros de la comunidad científica, cuya actuación se ha ajustado a las prescripciones legales dispuestas al efecto, que autorizan para traducir las valoraciones globales del conjunto de las aportaciones en una puntuación matemática referida a unos criterios de evaluación prefijados en dicha normativa⁴⁵⁴.

Por otra parte, en relación con esta exigencia de motivación de las calificaciones otorgadas por Tribunales o Comisiones de valoración de oposiciones y concursos resulta conveniente recordar que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de julio de 2000 en un asunto relativo a unas oposiciones a Auditores para el Tribunal de Cuentas, dejó sentada la doctrina que no siempre se exige una motivación concreta y detallada de las razones que amparan la adopción de una determinada puntuación, admitiéndose como válida la simple puntuación

“las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica.

Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el no la haya acompañado de una explicación o motivación

⁴⁵³ STS 5 Julio 1996 Rec.5236/1994 FJ 6.

⁴⁵⁴ STSJ (Mad), núm.10144/2009, 22 Octubre FJ 4; STSJ (Cant.) núm.679/2006, 17 Noviembre FJ 5; STSJ (Murcia) núm.616/2005, 14 Julio FJ 3; STSJ (Mad.) núm.827/2004, 24 Mayo FJ 6; STSJ (Mad.) núm.773/2004, 20 Mayo FJ 6; STSJ (Mad) núm.1237/2002, 22 Octubre FJ 4; STSJ (Mad) núm.636/2002, 28 Mayo FJ 6; STSJ (And.) 4 octubre Rec. 439/2000 FJ 4; STSJ (And.) núm. 2408/1998 FJ 2.

complementaria"⁴⁵⁵.

En sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales quedara constancia de la admisión de la simple puntuación como motivación válida referentes a una temática variada como el acceso a plazas de médicos especialistas⁴⁵⁶, convocatoria de proceso selectivo para grupos de acción local para la iniciativa comunitaria de desarrollo local Leader⁴⁵⁷, y los relativos a contratación administrativa⁴⁵⁸.

B) La simple puntuación asignada como motivación requiere de una explicación detallada.

La jurisprudencia mantiene en determinadas ocasiones que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones insistiéndose que la mera expresión numérica es insuficiente para conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados. Se deduce de la lectura de algunas manifestaciones jurisprudenciales en las que quedan reflejadas la evolución que ha experimentado la cuestión de la discrecionalidad técnica en lo que concierne a la necesidad de motivar el juicio técnico, apostando por un contenido mínimo de la motivación que incluya los criterios de valoración cualitativa y el por qué la aplicación de tales criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás, no bastando por tanto con la simple asignación numérica⁴⁵⁹.

La doctrina legal anteriormente apuntada que permite la motivación por puntuación cuando el órgano evaluador, la Comisión Nacional Evaluadora, hace suya las puntuaciones asignadas por el órgano técnico, el Comité asesor, ha sido objeto de análisis y de diferentes interpretaciones jurisprudenciales que la han precisado y delimitado puntualizando que la misma se circunscribe a los requisitos de la motivación de la resolución de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, no

⁴⁵⁵ STS 14 Julio 2000 Rec. 258/1997 FJ 6.

⁴⁵⁶ STS 16 Septiembre 2009 Rec. 4484/2006 FJ 1; STS 21 Julio 2009 Rec. 2351/2006 FJ 1 y 6; STS 9 Junio 2008 Rec. 5499/2007 FJ 4; STS 22 Enero 2008 Rec.3615/2004 FJ 2; STS 15 Enero 2008 Rec. 696/2005 FJ 4; STS 4 Abril 2007 Rec. 9513/2004 FJ 4.

⁴⁵⁷ STS 6 Mayo 2009 Rec.2677/2007 FJ 7.

⁴⁵⁸ STS 27 Mayo 2009 Rec.4580/2006 FJ 6.

⁴⁵⁹ STS 16 Marzo 2015 Rec. 735/2014 FJ 6; STS 24 Septiembre 2014 Rec.1375/2013 FJ 7; STS 26 Junio 2014 Rec. 2399/2013 FJ 5; STS 4 Junio 2014 Rec. 376/2013 FJ5; STS 12 Marzo 2014 Rec. 23/2013 FJ 4; STS 18 Diciembre 2013 Rec. 3760/2012 FJ 6.

así a los que son exigibles a las propuestas del Comité asesor⁴⁶⁰. La propuesta del Comité ha de reunir una motivación suficiente, que permita al demandante conocer las razones que llevan a la Administración a desestimar la petición de valoración positiva de la actividad investigadora realizada por el mismo. La valoración que se hace de los méritos de un concursante, en este caso de la actividad investigadora realizada durante determinado período de tiempo, mediante la asignación de una puntuación concreta, no equivale a la motivación. Eso es la decisión misma y no la motivación. Esta postura confunde claramente lo que es la motivación y lo que es la decisión del órgano administrativo. La puntuación implica en este caso decidir que la actividad investigadora no ha sido suficiente y denegar los beneficios derivados de una valoración positiva de la misma, pero no nos aporta ningún conocimiento sobre las razones por las que se valoró negativamente la actividad investigadora realizada. La motivación es un elemento fundamental para que el interesado pueda ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, pues solo conociendo los motivos por los que su actividad investigadora no ha sido valorada suficientemente podrá combatirlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La motivación por remisión que hace la Comisión Nacional Evaluadora al informe del Comité asesor se entiende como motivación válida siempre y cuando el informe del citado Comité incorpore las razones por las que emite una determinada calificación⁴⁶¹.

El hecho de afirmar que la exigencia de motivación se satisface meramente dando a conocer la puntuación otorgada por el Comité asesor, significa dar un paso atrás en la construcción del derecho administrativo, como un sistema de reglas y principios a los que se tiene que someter la Administración en la gestión de los intereses públicos, y en cuyo desarrollo ha tenido una contribución significativa la Jurisprudencia, colocando un grave obstáculo a la posibilidad de efectuar un control judicial eficaz de las decisiones de la Administración. De ahí que si se admite que la motivación se satisface con una mera puntuación no es otra cosa que “renunciar a uno de los mecanismos de control de las potestades discrecionales, cuando no directamente desistir de efectuar el control mismo de la actividad administrativa”⁴⁶².

La motivación es presentada como un elemento decisivo en el control jurisdiccional de la discrecionalidad sin que quepa confundir, como ha quedado

⁴⁶⁰ STSJ (La Rioja) núm.270/2013, 21 Noviembre FJ3; STSJ (Castilla y León) núm.700/2012, 10 Abril FJ 3; STSJ (Castilla y León) núm. 1868/2009, 29 Julio FJ 2; STSJ (Galicia) núm.312/2006, 29 Marzo FJ 3.

⁴⁶¹ STS 3 Julio 2015 Rec. 294/2013 FJ 9.

⁴⁶² STSJ (Castilla y León) núm.1731/2011, 15 Julio FJ V.

reflejado jurisprudencialmente, “la discrecionalidad de que pueda gozar la Administración en la fijación de la baremación de los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios establecidos”⁴⁶³; de ahí que se declare que para que dicha discrecionalidad sea controlada jurisdiccionalmente y respete la interdicción de la arbitrariedad, se exija la oportuna motivación siendo” insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna”⁴⁶⁴.

En todos estos supuestos en los que la motivación carece de los criterios y razones mencionados, se ha declarado que “no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario. Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses”⁴⁶⁵.

La preferencia de la motivación por puntuación de manera clara y detallada en la que quede constancia de los criterios empleados y las razones aportadas frente a una mera indicación de la misma se va implantando de forma generalizada y la consolidación de una línea jurisprudencial que reclama de los órganos una motivación que no se limite a la expresión de una puntuación o calificación sino que ofrezca las razones que han conducido a ella cuando sea objeto de reclamación cada vez es más notoria⁴⁶⁶. La apuesta jurisdiccional por una explicación detallada y razonada de la puntuación asignada queda expuesta en gran parte de pronunciamientos relativos al acceso a función pública, en los que se inadmite como válida la motivación por puntuación practicada entendiendo ausencia total de la misma

“porque las actuaciones demuestran que las calificaciones del aquí polémico tercer ejercicio se emitieron sin explicar todo lo siguiente: (I) los criterios

⁴⁶³ STS 16 Diciembre 2004 Rec.5766/2000 FJ 6.

⁴⁶⁴ STS 24 Septiembre 2014 Rec.1375/2013 FJ 7; STS 16 Diciembre 2004 Rec. 5766/2000 FJ 6.

⁴⁶⁵ STS 4 Junio 2014 Rec. 376/2013 FJ5; STS 18 Diciembre 2013 Rec. 3760/2012 FJ 6.

⁴⁶⁶ STS 31 Julio 2014 Rec. 2001/2013 FJ 7; STS 29 Enero 2014 Rec. 3201/2012 FJ 4; STS 15 Octubre 2012 Rec. 4326/2011 FJ 5; STS 27 Abril 2012 Rec. 5865/2010; STS 10 Abril 2012 Rec. 183/2011 FJ 4; STS 2 Diciembre 2008 Rec. 376/2006 FJ 3.

cualitativos que fueron establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de lo expuesto en tal ejercicio por el aquí recurrente, (II) la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; y (III) por qué el ejercicio del recurrente merecía el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación aplicada”⁴⁶⁷. De igual manera, en otros asuntos más específicos referentes al ingreso en la función pública docente, donde resulta flagrante la ausencia de motivación dada la negativa del Tribunal a explicitar los razonamientos de la concreta nota numérica”⁴⁶⁸.

El ámbito de la contratación administrativa es otro sector que ha experimentado la implantación progresiva de la necesidad de la explicación y justificación de la puntuación numérica asignada en la valoración de las ofertas realizadas, siendo taxativo el Informe realizado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el que se señala que en la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor “la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación”⁴⁶⁹. En un asunto relativo a contratos de servicios públicos, en concreto de puertos de amarre, considera evidente que cualquier licitador afectado por el concurso tiene derecho a conocer la motivación de las puntuaciones que hayan sido aplicadas por la Comisión Técnica, si ha sido excluido y se insiste con más razón “cuando, como en el caso de autos se desconoce su contenido al tener solo como fuente unos dígitos carentes de explicación”⁴⁷⁰.

A modo de recapitulación, podría afirmarse que aunque en un principio la calificación numérica serviría como forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos tal como se deduce de la doctrina legal establecida a raíz de la sentencia de 5 de Julio de 1996, la evolución jurisprudencial en relación a la discrecionalidad técnica, ha matizado dicha doctrina, entendiendo, por tanto, que en los supuestos que el órgano evaluador haga suyas las puntuaciones del Comité asesor, tales puntuaciones servirán como motivación siempre y cuando se hayan incorporado al informe de dicho Comité las razones de las determinadas y específicas calificaciones,

⁴⁶⁷ STS 12 Marzo 2014 Rec.23/2013 FJ 4.

⁴⁶⁸ STS 16 Marzo 2015 Rec. 735/2014 FJ 8.

⁴⁶⁹ Informe 1/2011, 12 de Enero, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón

⁴⁷⁰ STS 24 Septiembre 2014 Rec. 1375/2013 FJ 7.

optando de forma ineludible por una exposición razonada de los criterios justificativos, en especial cuando el interesado reclame la motivación de la calificación y cuando el informe técnico únicamente contenga una cifra numérica sin añadir una explicación relevante.

Finalmente, no esta de más comentar que la incorporación de las nuevas tecnologías al procedimiento administrativo repercute en la motivación, y así lo demuestra los supuestos de actuaciones automatizadas en las cuales desaparece la motivación del acto configurada tradicionalmente y pasa a integrarse en el mecanismo de producción de la actuación administrativa. La motivación del acto administrativo automatizado se integra por una adecuada programación que se caracterizará por el uso de signos y códigos, lo que tendremos ocasión de profundizar en el siguiente Capítulo en el particular apartado que se le dedica.

2.5.3. Fórmulas mediante estampillado.

Los procedimientos administrativos de carácter sancionador son singulares por la disociación que se produce entre la función de instrucción y la función de resolución. En la mayor parte de ellos y en lo concerniente a la motivación, la propuesta de resolución emitida por el órgano instructor que aporta las razones y criterios en los que se fundan la sanción administrativa, es adoptada por el órgano decisor, haciendo suya tales razones las cuales pueden encontrarse en el mismo texto, en los documentos que obran en el expediente como en impresos normalizados siempre y cuando, en cualquiera de tales situaciones, se deduzcan de ellos o se contengan las razones y criterios determinantes en las que se fundan la decisión administrativa finalmente adoptada.

En ocasiones muy particulares, en el contexto de las resoluciones sancionadoras, el razonamiento contenido en la propuesta de resolución y que hace uso el órgano decisor se hace a través del estampillado. Esta curiosa técnica de la inclusión de un estampillado en la propuesta de resolución ha sido objeto de debate por parte de la jurisprudencia para disipar dudas y controversias acerca de su admisibilidad, que si bien, en un primer momento sus declaraciones eran reacias a su aceptación, a raíz de una sentencia del Tribunal Supremo se declara doctrina legal que no duda en admitir la inclusión del estampillado como medio para entender cumplida la exigencia constitucional y legal de la motivación.

La inadmisibilidad de este procedimiento mecánico, mantenida en un principio por parte de la jurisprudencia, se ha dado por entenderse como un medio poco formal

para garantizar el derecho de defensa del sancionado que corría el riesgo de esfumarse o desvanecerse. La razón de tal inoperatividad ha estado sustentada, entre otras, en la necesidad de diferenciar y expresar por separado, la propuesta de resolución y la resolución final aunque coincidan en el contenido de la motivación, insistiéndose que “si las funciones de instrucción y de resolución se deben ejercer separadamente, la misma separación debe haber entre propuesta de resolución y resolución“. De ahí que el deseo expreso de formular por separado tales actuaciones “está reñida con fórmulas mecánicas”, declarándose como falta de motivación el hecho de “no haberse formulado con autonomía la propuesta y la resolución” debido a la vulneración del derecho a la defensa. Por protección a este derecho, la motivación ha sido avalada, no como exigencia meramente formal, sino indispensable para el mismo, que debe plasmarse en la resolución por lo que “no sirve cualquier forma para adoptar la resolución que pone término al procedimiento sancionador sino aquella que garantice adecuadamente, el ejercicio de la función sancionadora por parte del órgano (distinto al de instrucción del expediente) que tiene atribuida esa competencia, y el cumplimiento del requisito de motivación, de suerte que no haya lugar a dudas sobre cuáles sean los fundamentos concretos de la resolución”⁴⁷¹.

A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 2001 se produce un giro en la cuestión debatida que sienta doctrina legal declarando que “la plasmación material de la resolución sancionadora, consistente en la inclusión de un estampillado en la propuesta de resolución cumple con el requisito de la necesaria motivación de los actos administrativos, sin producir indefensión, ni confundir la función de instrucción y resolución, siempre que dicha propuesta exprese debidamente las razones fácticas y jurídicas de la sanción que se impone”⁴⁷².

Es muy explícito el Tribunal al manifestar que “la resolución sancionadora puede formalizarse por cualquier medio que acredite la voluntad del órgano competente para adoptarla sin que se aprecie confusión alguna entre la actuación de quien propone la resolución y quien la acoge por el mero hecho de utilizar un procedimiento mecánico de aceptación debidamente acreditada a través de las firmas de quien adopta el acto de resolución y de quien otorga fehaciencia pública”.

De forma contundente se recoge en la sentencia en cuestión que el hecho de contener el razonamiento en la propuesta de resolución que hace suyo el órgano decisor

⁴⁷¹ STSJ (Navarra) 8 Mayo 2001 Rec. 2221/1998 FJ 1; STSJ (Navarra) 18 Julio 2000 Rec. 295/1997.

⁴⁷² STS 19 Noviembre 2001 Rec. 6690/2000 FJ 6.

a través del estampillado nada impide que pueda entenderse cumplida la exigencia constitucional y legal de motivación, incluso con mayor claridad que en otros supuestos como la remisión a documentos que obran en el expediente y la contenida en un impreso, igualándolos.

“En efecto, una fundamentación por remisión a documentos que obran en el expediente no deja de serlo ni de satisfacer la correspondiente exigencia constitucional y legal, como tampoco deja de serlo y de cumplir con el requisito una fundamentación contenida en impreso si éste no se limita a meras afirmaciones apodícticas y no se limita a contener como argumentación meras consideraciones formularias que aparezcan desconectadas de los hechos sancionados o de la normativa que aplica. Y, sin embargo, en uno y otro caso el conocimiento de la motivación de la resolución administrativa exige una mayor esfuerzo, que cuando se trata de la incorporación del asentimiento por medio del estampillado a una propuesta de resolución correctamente formulada, pues en aquellos casos es necesario bien acudir a la documentación obrante en el expediente, o bien constatar que el contenido del impreso o del formulario se corresponde realmente con el supuesto contemplado y con la conducta sancionada. Por el contrario, la propuesta de resolución que hace suya el órgano decisor, si es adecuada, incorpora en el propio y único documento las razones de la sanción y lo hace de manera individualizada, “ad hoc”, para los hechos objeto del expediente y para la normativa aplicada, por lo que no se advierte razón alguna para negarle virtualidad, por falta de motivación, a la decisión que así se adopta”.

Esta doctrina ha sido avalada por posteriores pronunciamientos que han manifestado, entre otros, que “no puede descartarse como mecanismo válido para expresar la voluntad del órgano competente para sancionar el estampillado debidamente diligenciado porque puede hacerse de él un uso rutinario”⁴⁷³; observándose especial aceptación, en asuntos relativos a sanciones en el ámbito del tráfico y seguridad vial⁴⁷⁴.

⁴⁷³ TSJ (Val) núm. 1517/2002, 15 Noviembre FJ6; STSJ (And) núm. 2587/2003, 31 Julio FJ 3.

⁴⁷⁴ STSJ (And) núm.911/2011, 25 Abril FJ 2; STSJ (And) núm.120/2009, 23 Marzo FJ 3; STSJ (And) núm. 807/2006, 18 Diciembre FJ2; STSJ (Castilla y León) núm.1160/2006, 9 Junio FJ 1; STSJ (And) núm. 2587/2003, 31 Julio FJ 3; STSJ (Navarra) 6 Julio 2003 Rec.163/2002 FJ 5.

3. REQUISITOS DE CONTENIDO

3.1. Triple perspectiva de su tratamiento: legal, doctrinal y jurisprudencial.

La determinación del contenido necesario que debe recoger la motivación del acto administrativo desde un enfoque estrictamente legal se deduce de la literalidad del artículo 54 de la LRJPAC. Una interpretación estricta de este precepto invita a afirmar que el contenido, por lo menos mínimo e imprescindible de la motivación estará formado por “los hechos y los fundamentos de derecho”, lo que equivale a decir que el contenido de la motivación lo incluyen tanto los presupuestos de hecho como el fin jurídico del acto.

Nada nuevo aporta la LRJPAC con respecto a su predecesora, la cual en su artículo 43 recoge con los mismos términos la referencia a “los hechos y fundamentos de derechos”. En palabras del autor DE LA VALLINA este artículo más que referirse a la motivación estaría regulando la justificación, no considerando acertada una interpretación estricta del precepto que solo incluya a presupuestos y al fin como contenido de la motivación, alegando la inclusión de los motivos. Para fundamentar el interés de que este nuevo sumando sea recogido en la motivación entiende que “toda manifestación de voluntad arranca de un proceso interior del sujeto, movido por los motivos de su actuación que son los elementos lógicos de la formación de la voluntad que, tomando como punto de partida una situación de hecho, persiguen el fin que objetivamente el Ordenamiento jurídico atribuye a cada acto⁴⁷⁵”.

Hubiera sido deseable que el legislador de 1992 o el de 1999 al reformar la ley, hubiera aprovechado la ocasión para aclarar, precisando aún más, en qué partes se estructura el contenido de la motivación. Tal opción si ha sido escogida finalmente por el legislador autonómico, como se observa a raíz de la aprobación de la LRJ Cataluña, que al referirse a los actos administrativos resolutorios dispone que “serán motivados con una referencia sucinta de los hechos y fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas aplicables y, si procede, del régimen de recursos que sea procedente”.

Desde una visión genuinamente doctrinal, el contenido de la motivación variará en función de lo que entendamos por la misma, de ahí que FERNANDO PABLO, precursor del doble papel conceptual de la motivación, afirme que cuando el concepto

⁴⁷⁵ DE LA VALLINA VELARDE, J. (1967), *op. cit.*, p. 34. Esta afirmación la adopta considerando la distinción que efectúa JACCARINO entre justificación y motivación, definiendo la primera como la exposición de la situación de hecho y de derecho, mientras que la segunda sería la exteriorización de los verdaderos motivos.

de motivación no es el simplemente enunciativo sino justificativo de una decisión, el examen del contenido de aquella ha de comenzar por indicar que justificar una decisión es, sustancialmente, justificar su contenido y enunciar su causa jurídica, el criterio de la decisión; el cual considera el autor ha de ser no solo real, existente sino también cognoscible, manifestado como tal por la motivación, expresando por tanto la causa del acto administrativo. El contenido de la motivación, como discurso justificativo, comprende normalmente el criterio general de la norma, el aspecto singular de los datos de hecho singulares y el criterio racional adoptado al resolver, cuando este no resulte, inequívocamente de los datos anteriores. Así pues, en supuestos tales como los relativos a actos que limiten derechos constitucionales se exigirá un mayor rigor en la enunciación de los datos de hecho presentes en el criterio de la decisión⁴⁷⁶.

De otra parte, la jurisprudencia manifiesta escaso interés en ahondar y acotar el contenido de la motivación pues con lo establecido legalmente queda conforme apartando tal cuestión en beneficio de otros asuntos como el relativo al aspecto formal de la motivación, anteriormente comentado, y acerca del cual sí se pronuncia cómo debe ser la referencia a los hechos y fundamentos, haciendo alusión no solo a lo sucinto que es lo previsto en la ley sino también a la suficiencia y amplitud de la motivación.

Aún así las escasas referencias jurisprudenciales que encontramos relativas al contenido de la motivación requieren la fijación de “los hechos determinantes, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que éste se deduce y resulte adecuada la resolución”⁴⁷⁷ mientras en otros dictados con un afán definitorio, consideran que la motivación es un “instrumento que expresa la causa, motivo y fin”⁴⁷⁸ e implica “una estructura de hechos y fundamentos de derecho determinantes de la decisión administrativa como unidad de sentido o significado, jurídicamente individualizada y apta para su objetiva comprensión”⁴⁷⁹.

3.2. Sumandos que conforman el contenido de la motivación.

En un primer momento, podríamos aventurarnos a equiparar el contenido de la motivación con algún elemento concreto del acto administrativo, afirmando, por ejemplo, que la motivación contiene el elemento objetivo del acto, pero ello no

⁴⁷⁶ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 191.

⁴⁷⁷ STS 2 Abril 2002 Rec. 226/1998 FJ 2; STSJ (Val) núm. 536/2007, 23 de Marzo FJ 3; STSJ (Valencia), núm. 1451/2005, de 8 Julio FJ3; STSJ (Castilla y León), Valladolid núm. 996/1997, 21 de Octubre FJ 1; STSJ (And) núm.197/2001, 2 de Abril FJ 7.

⁴⁷⁸ STS 9 Marzo 1998 Rec. 4005/1990 FJ 1.

⁴⁷⁹ STS 15 Febrero 1973.

reflejaría la realidad doctrinal pues mientras para algunos autores el presupuesto de hecho, el fin y los motivos son parte integrante del elemento objetivo para otros, en cambio, no lo son⁴⁸⁰.

Al carecer de una aceptación doctrinal unánime de las partes que integran cada elemento del acto administrativo para referirnos al contenido de la motivación, lo haremos, no en función del elemento del acto sino directamente enumerando los diferentes sumandos que la componen. Es por ello, que el contenido de la motivación lo componen el presupuesto de hecho, el fin y los motivos.

Todos estos aspectos del acto administrativo teóricamente diferenciables pueden ser objeto sin mayores resistencias de una refundición general con base al principio de legalidad. No funcionan aisladamente sino conexos y aunque su reflejo en la motivación es compacto, debe quedar claro que cada uno tiene autonomía que les permite considerarlo de forma aislada.

3.2.1. El presupuesto de hecho: la realidad jurídica.

La Administración como sujeto partícipe en la producción y aplicación jurídica realiza procesos reflexivos de valoración de la realidad social en la que opera y del Ordenamiento que le habilita para actuar, situándose en el punto de intersección entre la norma y la realidad. El presupuesto de hecho se entiende como aquella circunstancia exterior que justifica y determina la producción del acto, es el “precedente fáctico que permite la adopción del acto”⁴⁸¹.

Para algunos autores es clara su ubicación en los elementos objetivos del acto administrativo⁴⁸², en cambio, para otros, se identifica como causa⁴⁸³, en tanto a otros, no lo consideran propiamente un elemento objetivo del acto, sino un requisito previo que condiciona su validez⁴⁸⁴. Incluso algún autor lo descarta como elemento del acto considerándolo como elemento reglado definido en la norma que atribuye la potestad⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ (2015), *op. cit.*, p. 591 y MUÑOZ MACHADO (2011), *op. cit.*, p. consideran que tanto el presupuesto de hecho, el fin y los motivos son parte integrante del elemento objetivo del acto administrativo; en cambio para otros, el fin y la causa son considerados parte del elemento teleológico. Vid. CARRETERO PEREZ, A. (1969), *op. cit.*, p. 128 y GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 439.

⁴⁸¹GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 438.

⁴⁸²GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 591; MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *op. cit.*, p. 58.

⁴⁸³GARRIDO FALLA, F. (1994)

⁴⁸⁴GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 438.

⁴⁸⁵COSCULLUELA MONTANER, L. (2015), *op. cit.*, p. 362.

El presupuesto o situación de hecho determinante de la actuación administrativa, como apunta acertadamente LOPEZ GONZALEZ, condiciona y funcionaliza plenamente la aplicación de la norma. Para este autor la propia existencia o no del presupuesto de hecho, la verificación de la certeza y la exactitud de los hechos, su calificación jurídica a efectos de la integración de los mismos en la norma jurídica, entre otros, son aspectos relevantes con los que necesariamente se inicia el proceso de aplicación del Ordenamiento, que le viene atribuido a la Administración⁴⁸⁶. La constatación de la presencia de los hechos es una responsabilidad indeclinable del órgano que adopta la decisión, pudiendo ser tanto una situación material perfectamente objetivable como una situación más compleja cuya apreciación exija utilizar conceptos de valor o de experiencia⁴⁸⁷. En la medida que el presupuesto de hecho condiciona la actuación administrativa, es susceptible de control jurídico, al ser un elemento reglado del acto administrativo y su valoración es significativa en ejercicio de potestades administrativas, en especial las discrecionales. La Administración queda sujeta al deber de producir la decisión adecuada a la satisfacción del fin normativo preestablecido, que en el supuesto de potestades regladas el comportamiento administrativo estará predeterminado en la norma de forma concreta y en el caso de las discrecionales el comportamiento se concretiza en un momento posterior, dependiendo de las situaciones fácticas sobre las que la Administración opere, “la libertad legal que en abstracto parece otorgarse a la Administración, se restringe incluso se desvanece ante la situación fáctica”⁴⁸⁸.

3.2.2. *El fin. Mención especial a la causa.*

El fin es el efecto jurídico fundamental perseguido por el acto administrativo. Es la finalidad prevista en la norma para dicho acto que justifica en sí mismo la existencia de este, por lo que debe ser siempre público. El fin genérico o interés público es constante y objetivo y no solo se presenta como elemento de validez del acto administrativo sino también como principio general de las normas⁴⁸⁹. Está presente tanto en los antecedentes del acto como en el resultado.

⁴⁸⁶ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, p. 119.

⁴⁸⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 591.

⁴⁸⁸ LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, p. 110.

⁴⁸⁹ MARTIN RETORTILLO, S.: *La desviación de poder* y RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (2012): *Interés general, Derecho Administrativo y el Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid,

Sin embargo, el interés público es graduable por lo que ha de concretarse en cada caso, se ha de matizar “significativamente en cada uno de los sectores de actividad o institucionales como un fin específico”⁴⁹⁰. La norma soporte de la actuación administrativa de la Administración Pública ha de establecer un objetivo público específico. Esta concreta razón o finalidad por la que se dicta un acto determinado es la causa, elemento implícito en el acto, que expresa porqué se adopta un tipo de acto administrativo determinado ante un interés público concreto. La adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita es la causa para los actos administrativos⁴⁹¹.

El fin y la causa son considerados elementos del acto administrativo, y pese a que no se observa unanimidad doctrinal en lo relativo en qué elemento ubicarlos, se puede indicar sin entrar en mayores consideraciones sobre la causa del acto administrativo, que mientras unos y otros sortean entre ambas su identificación o no, otros consideran como causa otro aspecto del acto, los presupuestos de hecho⁴⁹².

3.2.3. *Los motivos.*

A) Los motivos como parte escindible de la motivación.

Los motivos son las razones que deben servir como justificación de la decisión adoptada. Mientras en Derecho privado son irrelevantes, en Derecho Administrativo tienen otra consideración al regir la regla de la legalidad que obliga que toda actuación administrativa esté justificada por las leyes y no pueda existir por tanto para ella otro motivo de actuación que los ajustados a Derecho.

Las fuerza justificativa de los argumentos dependerá del tipo de razones ya sean autoritativas, fácticas, interpretativas, críticas, y sustantivas, siendo de estas últimas las que derivan la fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional o social⁴⁹³.

Constituyen los motivos, en palabras de GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ un instrumento concentrado, el último punto de la

⁴⁹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 592.

⁴⁹¹ Esta idea de adecuación al fin también puede entenderse como una invocación del principio general del Derecho. Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011), Vol. IV. *op. cit.*, p. 60.

⁴⁹² Vid. entre otros GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ (2015), *op. cit.*, p. 591; GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 439; BERMEJO VERA, J. (2012); GARRIDO FALLA, F. (1964), *op. cit.*, p. 123; COSCULLUELA MONTANER, L. (2015), *op. cit.*, p. 362.

⁴⁹³ ATIENZA, M. (2006), *op. cit.*, pp. 186-187.

aplicación del Derecho “donde se interpenetran las cuestiones de hecho con las de derecho, erigiéndose su control en uno de los puntos centrales del control de la legalidad del acto administrativo”. En ellos se recogen “la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita y cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto”⁴⁹⁴.

Los motivos deben expresarse en una declaración formal, en la motivación, valorándose al máximo porque es a través de ella como los destinatarios del acto pueden comprobar y valorar si concurren los supuestos de hecho previstos en la norma y de qué manera el órgano administrativo los ha apreciado y valorado. Los motivos son, por tanto, parte escindible de la motivación.

A pesar de la significativa labor doctrinal que ha ayudado a esclarecer y mantener la diferenciación entre la motivación y los motivos, en diversas ocasiones se equiparan ambos términos generando cierto desconcierto y deficiencias en el tratamiento correcto de la motivación como comprobaremos en el estudio de su incumplimiento. Por ello, es conveniente delimitar algunas posibles situaciones cuya pretensión sea clarificar la distinción que mantenemos entre motivos y motivación.

B) Motivación incompleta por falta de razones.

Arraigados en una posición de partida que difiere de forma nítida la motivación de los motivos, es posible que una resolución administrativa tenga un fundamento objetivo aunque no haya sido puesto de manifiesto exteriormente. La motivación es importante para la exteriorización del fundamento el cual exige que la Administración reflexione sobre la justificación antes de adoptar una decisión, pero no después, no bastándole a que construya *a posteriori* y en el curso de un proceso judicial un fundamento aparente.

La existencia o inexistencia de motivación puede ir o no acompañada de una justificación, pues el hecho de no producirse motivación, no significa que el acto carezca de razones y el hecho de que se dé una motivación, no implica siempre la presencia de razones. Este último podría considerarse un supuesto anómalo de motivación en el que la omisión está presente pero no desde un punto de vista formal sino sustancial, pues la motivación existe formalmente pero no justifica total o parcialmente los aspectos de la decisión que lo requieren.

⁴⁹⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, pp. 594-595.

1. Motivación que omite las razones.

Aquellos supuestos de motivaciones que no contengan las razones que sustentan la decisión administrativa adoptada incumplen en un primer momento el requisito relativo al contenido de la motivación, sobre el que habrá que indagar si causa o no indefensión al interesado y a partir de ahí ir engarzando las posibles consecuencias. Pues si nos limitamos a realizar desde un primer momento la ecuación “carencia de razones” igual a “acto inmotivado”, generaremos confusión asimilando motivación a motivos.

El estudio ha de estar centrado, por tanto, en si la omisión de las razones como defecto en la motivación causa o no indefensión, pues así se desprende de lo previsto legalmente y hacen acopio los pronunciamientos jurisprudenciales, encontrándonos supuestos en los cuales la omisión de razones al causar indefensión provocan la anulabilidad del acto y otros al no causarla, la hacen irregular.

Independientemente que la omisión de razones como defecto formal de la motivación haya o no generado indefensión al interesado, puede ser también tratada como indicio de arbitrariedad, pero ya no se considera un vicio formal de la motivación sino sustancial, relativo a los motivos.

2. Motivación que omite los verdaderos fundamentos del acto.

Una situación paradójica que podría darse es la que se produce en aquellos supuestos en los cuales el acto está motivado y la motivación aparentemente cumple todos sus requisitos, recogiendo, por tanto, los motivos y razones que fundamentan la decisión administrativa adoptada con la particularidad que tales motivos no sean los fundamentales y relevantes del acto, siendo estos alegados por las partes a lo largo del proceso.

El mandato legal de motivación de un acto administrativo se cumple con la indicación o referencia de hechos y fundamentos, pero nada dice la ley de cómo han de ser dichos fundamentos o razones. Si bastara con indicar cualquier fundamento y este fuera erróneo, dependiendo la legalidad del acto de otra razón, la motivación se convertiría por tanto en una formalidad inútil.

La jurisprudencia tampoco se pronuncia acerca de si basta con cualquier fundamento o razón aportada o ha de tratarse de la auténtica para así considerar la motivación correcta y adecuada. En algún pronunciamiento concreto a lo más que se ha

llegado es a afirmar que la motivación del acto impugnado es correcta porque indica los fundamentos acordes con los hechos, de lo que se deduce *a sensu contrario* que una motivación que no indicase los adecuados motivos del acto, sino otros erróneos, no se consideraría entonces una motivación correcta. En un supuesto relativo a la equiparación en el ámbito de la función pública de la diplomatura y la licenciatura universitaria para inscribirse en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas el Tribunal Supremo se manifiesta de forma clara y explícita al señalar que

“(…) es preciso decir que la corrección o incorrección de la motivación de los actos administrativos no está en relación con su volumen o con el tamaño de los argumentos empleados, sino en relación con la adecuación de los argumentos utilizados y de los hechos discutidos y, en el presente caso, la Resolución de 5 febrero 1990, del Subsecretario de Economía y Hacienda, dictada por delegación, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de fecha 27 julio 1989, expresa de forma inequívoca que al recurrente se le deniega su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas porque «no aparece acreditado el requisito referente a la titulación universitaria» lo cual es, en esencia, el fondo del pleito y debe considerarse como motivación suficiente del acto administrativo”⁴⁹⁵.

En esta singular situación en la que la motivación puede verse deficitaria de los verdaderos fundamentos del acto, más que falta de motivación lo que se produce es una motivación inadecuada en lo referente a la finalidad, pues las razones apuntadas al ser erróneas, no permiten que se cumpla la función de la motivación de dar a conocer las razones para ejercer el interesado su derecho de defensa. En tales casos al no aportarse las razones reales, el efecto inmediato es más perjudicial que en supuestos de falta de motivación, pues una motivación inadecuada desorienta al destinatario del acto haciéndole creer que el acto tiene unos fundamentos específicos condicionando su decisión de impugnar o aquietarse con respecto a ellos, descubriendo *a posteriori*, una vez ya iniciado el proceso, la manifestación de otros motivos.

La revelación de las genuinas razones de forma tardía por parte de la Administración reporta una serie de consecuencias en torno a la motivación tanto si en

⁴⁹⁵ STS 18 Enero 1996 Rec. 289/1993 FJ 2.

ella no se recogen razones como si recogiendo resultan no ser las auténticas. Al ser un hecho éste tan significativo en el tratamiento y configuración de la motivación le dedicaremos una mención aparte.

C) La aportación de nuevos motivos y su repercusión en la motivación.

La posibilidad de aportar nuevos motivos diferentes de los incorporados en la primigenia motivación conecta inevitablemente con la valoración de la propia motivación pues la solución que la jurisprudencia nos ofrezca repercutirá en la eficacia de la misma realizando o menguando su importancia.

La jurisprudencia en supuestos de motivación inadecuada ya sea por la omisión de razones o por considerar que las aportadas no son las fundamentales, bandea entre reconocer en algunos casos que el acto tiene un vicio formal y por tanto anularlo y en otros, declarar que a pesar del error en la motivación, el acto es materialmente correcto.

En los casos que se anula un acto materialmente correcto en virtud de un vicio de forma que no ha influido en su contenido, la figura de la motivación se realza y relanza al considerarla no como un simple elemento de forma simple sino cualificado. Aún así esta solución no está exenta de crítica pues para algunos autores la sentencia que anule el acto, como consecuencia de la motivación o de otro vicio de forma, sin plantearse si su contenido se ajusta a Derecho, es “una sentencia insatisfactoria puesto que el demandante tendrá que esperar a que la Administración dicte otro acto, libre de vicios formales, para que los tribunales examinen su contenido”⁴⁹⁶.

En cambio, en otros pronunciamientos queda patente la irrelevancia de los vicios de la motivación que sin haber reparos en la admisión de nuevos motivos, se le resta valor generándose cierto daño al particular.

HUERGO LORA despierta interés hacia el hecho de aportar nuevos motivos durante el proceso contencioso administrativo por la relevante conexión, entre otros, con la motivación. Por un lado, plantea que las dos alternativas que se dan, tanto la irrelevancia de los vicios de la motivación como la anulación de un acto correcto en cuanto al fondo, son igualmente insatisfactorias y por otro, revela la necesidad de encontrar un instrumento que permita compensar al particular del daño que le ocasiona

⁴⁹⁶ HUERGO LORA, A. (1998): “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso administrativo”, RAP núm. 145, Enero-abril, p. 91.

la motivación inadecuada proponiendo para ello tanto la responsabilidad patrimonial y la condena en costas a la Administración⁴⁹⁷.

El mismo autor considera que la aportación tardía de los motivos por parte de la Administración priva al recurrente de los conocimientos necesarios para valorar si es o no pertinente la impugnación del acto, así como para decidir la fundamentación de la demanda generando una situación injusta que ocasiona graves daños al recurrente, especialmente si pierde.

D) La discrepancia del recurrente con los motivos no supone falta de motivación.

En variadas ocasiones las decisiones administrativas son recurridas alegando falta de motivación cuando en realidad dicha exigencia sí es cumplida aunque de manera muy sucinta pero suficiente porque “en sus fundamentos se contienen las razones de la decisión que se expresa en el fallo”. Lo que se produce en tales casos es que el recurrente no comparte los argumentos empleados y no cabe interpretar por tanto que tal situación sea equiparada a una ausencia total de motivación.

La disconformidad se puede producir, entre otros, con la valoración de la prueba realizada por el Tribunal, no estando conforme por ejemplo con lo indicado en un informe⁴⁹⁸, o con la valoración técnica en supuestos de adjudicación de concesiones para explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local⁴⁹⁹. Sea en estos supuestos o en otros, lo que no da lugar a dudas en ningún caso es que el hecho de no estar conforme con la justificación empleada signifique que el acto esté inmotivado⁵⁰⁰.

Muy claras resultan las declaraciones que efectúa el Tribunal Supremo cuando alerta de no confundir la discrepancia de los razonamientos expuestos con la falta de motivación en cuestiones relativas a la contratación administrativa:

“La misma suerte desestimatoria va a correr el motivo referente al defecto de motivación que imputa la demandante a todas y cada una de las Resoluciones dictadas durante la tramitación del procedimiento, que están debidamente motivadas, porque *no puede confundirse el que la motivación no sea suficiente a*

⁴⁹⁷ HUERGO LORA, A. (1998), *op. cit.*, pp. 111-113.

⁴⁹⁸ STS 12 Marzo 2013 Rec. 2858/2010 FJ 2; STS 2 Noviembre 2011 Rec. 4455/2008; STSJ (Castilla y León), Burgos, núm. 411/2011, 29 de Octubre FJ 5.

⁴⁹⁹ STS 9 Julio 2012 Rec.1836/2009; STS 8 Marzo 2012 Rec. 2836/2009; STS 23 Febrero 2012 Rec. 2832/2009 FJ 11.

⁵⁰⁰ STS 28 Junio 2010 Rec. 3821/2006 FJ 4.

juicio del recurrente, o que no esté de acuerdo con los razonamientos contenidos en las correspondientes Resoluciones, con la ausencia de motivación, que solo tiene trascendencia anulatoria cuando produce indefensión material, real y efectiva, que no se aprecia por la Sala en la medida en que la recurrente ha podido articular como ha estimado conveniente su defensa frente a las citadas Resoluciones»⁵⁰¹.

O en supuestos referentes a materia de subvención a inversión en zona de promoción económica:

“Y tampoco concurre tal falta de motivación en la sentencia impugnada que, en definitiva, viene a recoger esa doctrina, porque como también hemos dicho «para que la motivación exista no son precisos prolijos y exhaustivos razonamientos que contesten a todos los argumentos que hayan formulado las partes, sino que basta un discurso lógico que explique cual ha sido el hilo conductor que ha llevado al órgano judicial a adoptar un sentido estimatorio o desestimatorio, sin que pueda confundirse la falta de motivación con la motivación que la parte entienda que debió hacerse»⁵⁰².

En resumen, el contenido de la motivación ha de versar en primer lugar sobre los hechos acaecidos que permitan verificar la realidad sobre la que se asentará la decisión administrativa adoptada; en segundo lugar, la norma en la que se basa y el fin que persigue y por último las razones o motivos que a veces se exigirán en mayor o menor medida dependiendo del contenido de actos. Pese a ello nos podemos encontrar supuestos en los cuales la referencia a estos sumandos se vea mermada en beneficio de otros intereses que actúan como límites del contenido de la motivación, como tendremos ocasión de exponer en el apartado siguiente.

3.3. En especial, el contenido de la motivación de la resolución sancionadora.

El artículo 89.3 de la LRJPAC establece, en general, que las resoluciones “contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiera el artículo 54”, y en particular, el artículo 138.1 de la misma ley dispone que las resoluciones

⁵⁰¹ STSJ (Madrid) núm.343/2007, 4 de Mayo FJ 6.

⁵⁰² STS 29 Julio 2002 Rec. 7180/1996 FJ 4.

sancionadoras serán motivadas. Sobre esta base el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora -RPPS-, después de remitirse al artículo 89.3 aludido, precisa que las resoluciones sancionadoras “incluirán la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad; mezclándose de esta manera menciones que forman parte de la decisión sancionadora en sentido estricto con otras propias de la motivación⁵⁰³”.

En la resolución sancionadora ha de exteriorizarse la tarea de subsunción de los hechos objeto del procedimiento administrativo sancionador, pues de lo contrario, no se conocerían las razones por las cuales la autoridad sancionadora considera que dichos hechos concretos son subsumibles en los hechos abstractos contemplados por una norma sancionadora⁵⁰⁴. El Tribunal Constitucional ha declarado que para el cumplimiento adecuado del requisito de la motivación de las resoluciones sancionadoras se requiere

“la identificación de cuáles son las normas que se aplican y cuál ha sido el juicio lógico que, fundado en criterios jurídicos razonables, ha presidido la articulación o subsunción del hecho concreto en el precepto normativo de que se trate, interpretado siempre en el sentido más favorable a la especial fuerza vinculante que caracteriza a los derechos fundamentales, lo cual supone, de otro lado, que “deba descartarse la validez de aquellas motivaciones en las que no se contenga el más mínimo razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que el mismo se aplica, impidiendo toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho..”⁵⁰⁵.

Los Tribunales se muestran exigentes con respecto a la incorporación de la declaración de los hechos probados, así, entendiéndolo que la falta de consignación de los

⁵⁰³ Art. 20.4 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

⁵⁰⁴ IZQUIERDO CARRASCO, M. (2010): “La resolución sancionadora” en REBOLLO PUIG et AL (2010): *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, pp. 765 y ss

⁵⁰⁵ STC 9/2006, 16 Enero FJ4; STC 111/2004, 12 Julio FJ 5; STC 122/1991, 3 Junio FJ 3.

hechos probados en una resolución sancionadora es causa de nulidad de las resoluciones al ser susceptibles de causar indefensión a los interesados⁵⁰⁶.

La fijación de la infracción cometida es contemplada según previsión reglamentaria como otro de los aspectos del contenido de la resolución sancionadora, entendida, no como mera exigencia de carácter reglamentario sino que deviene del principio de tipicidad tal como apunta el Tribunal Supremo al declarar que dicho principio exige “no solo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación”⁵⁰⁷. Por ello, se estaría ante una ausencia de motivación en aquellos supuestos en que no se determine en la resolución sancionadora la norma en que se encuadra la conducta descrita⁵⁰⁸, e incluso, si la norma que se describe se trata de una norma en blanco también debe identificarse la norma o deber incumplido que integra el tipo⁵⁰⁹.

Por otra parte, un asunto que genera desajustes jurisprudenciales es el relativo a la respuesta que ha de darse de forma razonada en las resoluciones sancionadoras a las alegaciones formuladas por el imputado. Se trata de una cuestión que mantiene un nexo inevitable del deber de congruencia que tiene el órgano competente al resolver acerca de “todas las cuestiones planteadas” con el deber de motivación de las decisiones finalmente adoptadas y que provoca cierta confusión en relación a si la respuesta forma parte del contenido de la resolución sancionadora definitiva, o es parte integrante de la motivación de dicha resolución. Una cosa, es el deber de dar respuesta a las alegaciones presentadas y otra cosa que la aludida respuesta se haga de forma razonada; de ahí que se entrecrucen dos notas que han de atribuirse a la resolución sancionadora: la congruencia y la motivación, y que da lugar a aseverar que la respuesta a las alegaciones forma parte tanto de la decisión como de la motivación.

Al comienzo de este capítulo se ha tratado a la congruencia como uno de los requisitos de forma de la motivación. Comentábamos que la justificación de la decisión deja entrever la relación lógica entre la fundamentación procedimental y la decisión y, en consecuencia, la motivación debe ser coherente tanto con las respuestas a las alegaciones dadas por los interesados durante la elaboración de la decisión y con los

⁵⁰⁶ STS 18 Abril 2005 Rec.86/2004 FJ 1.

⁵⁰⁷ STS 14 Noviembre 2006 FJ2; STS30 Octubre 2006 Rec. 69/2005 FJ 2.

⁵⁰⁸ STSJ (Val) núm. 456/2011, 3 Junio 2011 FJ 3.

⁵⁰⁹ STS 6 Julio 2007 Rec. 7/2007 FJ 2; STS 19 Mayo 1998 Rec.122/1997 FJ5.

informes o dictámenes que obren en el expediente, como con la decisión final adoptada. En alusión a la doctrina constitucional aportada, la motivación debe ser coherente con las respuestas a las alegaciones de los particulares si la consideramos, como una “alegación fundamental”, pero en el caso que no lo fuera, nada impide que la motivación haga referencia a la respuesta otorgada a esas alegaciones, bien sea para expresar el criterio de la decisión mantenido, bien sea para explicar que se ha cambiado el mismo.

En algunas manifestaciones jurisprudenciales, el rigor de los tribunales por la exigencia de la motivación es exhaustivo al manifestarse que se lesiona de forma insubsanable la presunción de inocencia cuando en la resolución sancionadora ni se valoran y ni siquiera se aluden las alegaciones del imputado: “el hecho de que la Administración ignorara completamente las alegaciones del recurrente, omitiendo su valoración, determina, que deba concluirse que se han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones sancionadoras, y a la presunción de inocencia”⁵¹⁰. Rigor que es atemperado en ocasiones al entenderse cumplida la exigencia de la motivación con la remisión a los documentos que obran en el expediente y quedar cumplida así la exigencia de dar respuesta a las alegaciones⁵¹¹. La misma flexibilidad se desprende de otro asunto concreto relativo al mercado de valores en el que queda constancia de forma expresa que no se observa falta de motivación, aclarando que

“.. sobre la omisión de referencias a las alegaciones hechas a la propuesta de resolución, hemos de decir que no se produce la infracción alegada porque no es necesario recogerlas expresamente en el acto que pone fin al expediente”⁵¹².

Por todo ello, la resolución sancionadora ha de ser congruente con las cuestiones planteadas por los interesados y ha de ser motivada, siendo la respuesta razonada a las alegaciones presentadas por los interesados parte integrante de la motivación, que no siempre vendrá incorporada en el texto de la resolución sino que como, tendremos ocasión de tratar en el capítulo relativo a la articulación de la motivación, podrá venir incorporada en los documentos e informes que obran en el expediente.

⁵¹⁰ STC 59/2011, 3 Mayo FJ 4.

⁵¹¹ STC 82/2009, 23 Marzo FJ 8; STSJ (Mad) núm.605/2014, 18 Julio FJ 2.

⁵¹² STS 20 Marzo 2006 Rec.3656/2002 FJ 7.

Finalmente, el resto de los aspectos que han de contener la motivación de las resoluciones sancionadoras como la relativa a los criterios y razones determinantes de la sanción y su concreta extensión, que conecta, entre otros, con el principio de proporcionalidad y la valoración de las pruebas practicadas por su especial implicación con el derecho a la presunción de inocencia, ya han sido contempladas de una manera u otra en los anteriores capítulos, quedando claramente ratificada la presencia de ambos como partes significativas e imprescindibles del contenido de la motivación de la resolución sancionadora, a las que nos remitimos.

3.4. Límites de contenido.

En el cumplimiento de la exigencia de la motivación, el órgano administrativo encargado de tal tarea puede encontrar barreras que hagan aminorar parte, si no la totalidad del contenido de la misma, que actúan como límite afectando negativamente, no solo al interés particular del destinatario del acto administrativo que se motiva sino también al interés general.

3.4.1. La protección de datos personales.

A) Consideraciones generales.

Los poderes públicos para poder prestar de manera eficaz y eficiente muchos de los servicios constitucionales y legalmente garantizados necesitan determinados datos de los ciudadanos, los cuales, de una manera u otra consienten que sean tratados por parte de tales poderes en la medida en que le exigen al Estado la prestación efectiva o la garantía de unos derechos sociales.

Debido a ello la Administración Pública cuando cumple su función constitucional y desarrolla su actividad administrativa maneja datos personales de los ciudadanos siendo necesario que el tratamiento de tales datos incrementados por la utilización de las nuevas tecnologías que implica el aumento de ficheros informatizados y la interconexión de los registros administrativos, se hagan respetando la legislación de protección de datos personales, en el que su desarrollo normativo de cabecera se encuentra en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal -LOPD-, desarrollada a su vez por el real Decreto 1.720/2007, de 21 de diciembre⁵¹³.

⁵¹³ El régimen jurídico de protección de datos personales es común para las Administraciones Públicas y para los particulares, no existe por tanto una normativa específica para los tratamientos de datos

En el trazado de los perfiles constitucionales del derecho a la protección de datos es significativa tanto la labor doctrinal como la jurisprudencial, identificándolo el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental autónomo que otorga a los ciudadanos el control sobre sus datos personales frente a todos poderes públicos o particulares⁵¹⁴.

El derecho a la protección de datos de los ciudadanos tiene contenidos distintos frente a tratamientos realizados por las Administraciones Públicas y por los particulares. Existe un mayor derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal frente a ficheros privados y menor frente a los ficheros públicos, ya que en este caso es necesario hacer un balance constitucional entre el derecho y la vertiente objetiva de otros derechos fundamentales⁵¹⁵.

personales llevados a cabo por los poderes públicos. La LOPDD tiene como ámbito de aplicación todos los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento y toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado. Vid. entre otras las obras de LLACER MATA CAS, M. R. (Coord.) (2011): *Protección de datos personales a la sociedad de la información y la vigilancia*, La Ley; TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.) (2010): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal*, Civitas; GUICHOT REINA, E. (2005): *Datos personales y Administración Pública*, Civitas; PIÑAR MAÑAS, J. L. (2011): “Administración electrónica y protección de datos personales”, *Revista jurídica de la Universidad Santiago de Compostela*, núm. Extra 1, pp. 145-175.

⁵¹⁴ Entre la doctrina LUCAS MURILLO DE LA CUEVA junto a PEREZ LUÑO han sido autores que de manera temprana y decisiva han contribuido al análisis constitucional del derecho a la protección de datos. Vid MURILLO DE LA CUEVA, P. (1990): *El derecho a la autodeterminación informática*, Tecnos, y PEREZ LUÑO, E. (1986): “La defensa del ciudadano y la protección de datos”, RVAP núm. 14, entre otras. Vid. también el apartado II del Capítulo segundo relativo a “Un intento de reconstrucción dogmática del derecho a la protección de datos y su delimitación respecto al derecho a la intimidad” en GUICHOT REINA, E. (2005), *op. cit.*, pp. 115-168; CAMARA VILLAR, G. (2008): “Derecho a la protección de datos personales”, en BALAGUER CALLEJON, F., ORTEGA ALVAREZ, L., CAMARA VILLAR, G. Y MONTILLA MARTOS, J. A. (2010): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, pp. 321-333; ACOSTA GALLO, “Administración electrónica: ¿existe un derecho fundamental a la protección de los datos personales?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.15, junio 2007. La STC 254/1993, 20 Julio constituye el primer pronunciamiento del que se deriva el reconocimiento de un verdadero derecho fundamental autónomo a la autodeterminación informativa en que se incluye la técnica de la protección de datos personales. Posteriores a ellas son significativas la STC 290/2000, 30 de Noviembre y la STC 292/2000, 30 de Noviembre, que suponen un evidente esfuerzo dogmático del Tribunal Constitucional para la configuración del derecho a la protección de datos. Vid acerca de estas sentencias el comentario en DEL CASTILLO VAZQUEZ, C. (2007): *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas*, Civitas, pp. 301-312.

⁵¹⁵ Los ficheros públicos disponen de exclusiones en el ámbito de aplicación y de excepciones a los principios de protección de datos y a los derechos de los interesados estableciéndose un régimen jurídico no divergente pero sí diferenciado entre el sector público y privado. La Ley Orgánica de Protección de Datos ha establecido excepciones y regulaciones específicas para los ficheros públicos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas o los establecidos para la investigación del terrorismo o de formas graves de delincuencia organizada. Existen ficheros públicos que se rigen por su legislación específica como los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral, los ficheros con fines exclusivamente estadísticos, los ficheros con los datos obtenidos en los informes personales de calificación de las Fuerzas Armadas, los derivados del Registro Civil, del registro central de Penados y los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Pese a ello, el alcance del derecho variará en función de la naturaleza pública o privada del responsable del tratamiento, así frente a al poder público y en particular frente a la Administración, este derecho es un derecho limitado respecto a su contenido constitucional trazado por el Tribunal Constitucional pues los intereses colectivos a los que sirve y los bienes colectivos que persigue también gozan de protección constitucional y cuya satisfacción exige que sean sacrificados algunos principios y facultades.

Aunque queda claro que la Administración Pública está obligada a respetar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal⁵¹⁶, se puede afirmar que cuando hay bienes constitucionales frente a tratamientos administrativos, “el derecho a la protección de datos solo garantiza a los ciudadanos un derecho a la información general sobre los ficheros y tratamientos existentes y un principio de veracidad y proporcionalidad respecto de los datos obrantes en poder de las mismas”⁵¹⁷.

B) La protección de datos como límite en el cumplimiento de la motivación.

En un principio cualquier actuación relacionada con el manejo de datos personales supone cierto tratamiento con tales datos estando la Administración legitimada para ello, siempre que los haya recogido de los interesados para el ejercicio de sus funciones (art.6.2 LOPD) y siempre que estos datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas de la función pública que ejerce la Administración con la expresa prohibición, por ello mismo, de que “no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”⁵¹⁸.

Es así, pues, que el tratamiento de los datos personales recogidos por las Administraciones Públicas viene, de modo general, legalmente subordinado a su estricta adecuación a los fines de interés público que condicionan la actuación o ejercicio de las competencias o, si se quiere, funciones y poderes correspondientes de cada una de aquéllas. El uso incorrecto o indebido de los datos, respecto a este elemento finalista de la actuación administrativa, determinaría por ello que esta actuación viniera jurídicamente viciada por su no conformidad al ordenamiento jurídico, según el régimen general de invalidez de los actos administrativos.

⁵¹⁶ STC 292/2000, FJ 7.

⁵¹⁷ GUICHOT REINA, E. (2005), *op. cit.*, p. 23.

⁵¹⁸ Art.4.2 LOPDP.

El principio de finalidad definido como principio básico de la protección de datos, es uno de los principios que restringen, desaparecen o se modulan en el caso de los ficheros públicos como consecuencia de la necesidad de compatibilizar el derecho a la protección de datos con los intereses generales a los que sirve la Administración Pública.

Ahora bien, a pesar de todo lo expuesto, el legislador contempla en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales -LOPD- un supuesto de finalidad ilegítima o incompatible para la que no pueden destinarse los datos, permitiendo una vía de tutela a los afectados. Sería el caso de decisiones administrativas adoptadas en relación con las conductas o comportamientos que se basen únicamente en un tratamiento de datos personales del interesado⁵¹⁹. Lo que prohíbe dicho artículo es la fundamentación exclusiva de decisiones administrativas en ciertos tratamientos de datos personales, reconociendo un derecho del interesado que puede o no ejercitar y ello implica que si el particular consiente en verse sometido a una decisión de este tipo, entonces la decisión administrativa sería perfectamente legítima en cuanto a su finalidad⁵²⁰.

Otro aspecto a destacar es el la necesidad de colaboración o auxilio informativo y documental entre Administraciones Públicas, debido al intercambio de información personal entre sujetos públicos en el proceso de adopción de las decisiones administrativas. En el desarrollo de cumplimentar la exigencia de motivar tales decisiones el órgano administrativo sobre el que recae tal tarea necesita, en ocasiones, del auxilio de otros órganos, ya pertenezcan a la misma Administración o sean de otras produciéndose en tales casos una cesión de datos *ad intra* en el ámbito de una Administración o una cesión interadministrativa⁵²¹.

Tras la STC 292/2000, los datos personales recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus funciones no podrán ser cedidos,

⁵¹⁹ Artículo 13 LOPD: “Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus característica o personalidad”. Vid. TRONCOSO REIGADA, A. (2010), *op. cit.*, pp. 1127-1144.

⁵²⁰ FERNANDEZ SALMERON, M. (2003): *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, *op. cit.*, p. 391.

⁵²¹ Vid. FERNANDEZ SALMERON, M. (2003), *op. cit.*, pp. 228-264; VALERO TORRIJOS, J. y LOPEZ PELLICER, J. A. (2001): “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de datos personales en la actividad administrativa”, RVAP núm. 59, pp. 281 y ss.; FUENTETAJA PASTOR, J. y MEDINA GONZALEZ, S. (2008): *La protección de datos en la Administración Local*, Iustel, pp. 58-63.

sin el consentimiento del interesado a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, con la única salvedad de que la comunicación tuviera por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos⁵²².

Los datos que sí podrán comunicarse a otra Administración sin el consentimiento del interesado, serán aquellos destinados a que esta los emplee para la misma finalidad para la que hubieran sido recabados y aquellos que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra.

En definitiva, el intercambio de datos que se produce a raíz de las cesiones no significa que tal intercambio pueda ser ilimitado sino que debe quedar sujeto a reglas precisas, como se desprende del artículo 21 de la LOPDP⁵²³.

C) La conexión entre motivación y protección de datos desde la perspectiva del administrado.

Desde la perspectiva del administrado cierta conexión entre motivación y protección de datos personales podría resaltarse, pues en ciertas ocasiones, como comprobaremos en el capítulo siguiente, la motivación del acto administrativo no va incorporada al contenido del acto sino que se efectúa por remisión a informes y documentos que obran en el expediente administrativo, arrastrando cierta carga al interesado para conocer los motivos que han llevado a la Administración a adoptar una u otra decisión. Al interesado no solo le basta tener conocimiento del lugar donde se ubican las razones de la decisión administrativa, sino que tiene que tener verdadero acceso a ellas lo que conlleva a afirmar que dicho acceso a la información administrativa se traduce en la posibilidad de acceder al expediente o a archivos y registros administrativos⁵²⁴. Con este acceso la motivación por remisión permite al interesado el conocimiento de las razones que sustentan la decisión administrativa adoptada siempre y cuando no se vea mermado por la protección de datos personales que impediría culminar con la finalidad de la motivación.

En relación al régimen jurídico aplicable del derecho de acceso a los documentos administrativos, con la aprobación de la reciente Ley de Transparencia queda englobado con la información, derogándose lo establecido en el artículo 37.

⁵²² STC 292/2000, 30 Noviembre FJ 11,13 y 14.

⁵²³ TRONCOSO REIGADA, A. (2010), *op. cit.*, pp. 1307-1327 y VIZCAINO CALDERON, M. (2001), *op. cit.*, pp. 234-248.

⁵²⁴ FERNANDEZ RAMOS, S. (1997): *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons.

Anteriormente dicho artículo se ha caracterizado en palabras de GUICHOT REINA como una norma de protección mixta que se dirige a compatibilizar la transparencia y los derechos e intereses de terceros con la protección de datos personales⁵²⁵. Y que hoy con una escueta redacción remite a lo dispuesto en “la Constitución, en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”.

La nueva Ley dedica especial atención a la protección de datos reservándole un exclusivo artículo 15 denominado: “Protección de datos personales”, diferenciado si el acceso a la información afecta a datos especialmente protegidos o no.

Esta posibilidad de acceso por los ciudadanos a toda información nominal en posesión de la Administración, que ha recopilado y almacenado para simplificar la gestión administrativa y para hacer más eficaz el funcionamiento de la propia Administración, puede suponer un riesgo para la protección de datos, produciéndose un conflicto de derechos constitucionales: el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos, conflicto que para resolverlo, apunta GUICHOT, habrá que estar a los criterios generales que aporta el principio de ponderación⁵²⁶.

No obstante cuando un sujeto solicita el acceso a un documento administrativo puede afirmarse razonablemente que no siempre pretende utilizar prioritariamente dicho derecho para obtener datos personales de otros sujetos sino que a aquellos a los que de manera ocasional accedan constituirán un contenido accidental o secundario de su pretensión o dichos datos personales interesarán en la medida en que se encuentran vinculados a una decisión administrativa y siempre que se trate de un acceso instrumental para el ejercicio de un derecho o interés relevante⁵²⁷.

3.4.2. El secreto en la actividad administrativa.

A) La confidencialidad como límite del contenido de la motivación.

Toda la actuación de los poderes públicos se encuentra sometida a la tensión entre dos imperativos contradictorios: la publicidad y el secreto. Por ello, la Administración, por un lado, debe ser transparente y facilitar la información que se le pide, pero, de otro, está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e incluso a veces necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente.

⁵²⁵ GUICHOT REINA, E. (2005), *op. cit.*, pp. 338 y ss.

⁵²⁶ GUICHOT REINA, E. (2005), *op. cit.*, p. 345.

⁵²⁷ FERNANDEZ SALMERON, M. (2003), *op. cit.*, p. 174.

El principio de transparencia, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en líneas anteriores, arrastra un deber de informar y un deber de callar, diferenciando dentro de éste dos aspectos: el secreto y el sigilo⁵²⁸. El deber de secreto que se refiere a asuntos concretos a los que se les atribuye el carácter de reservados, encuentra su fundamento tanto en razones de interés público o de interés privado o en ambas a la vez. Entre las razones de interés público que justifican el secreto administrativo suele invocarse el buen funcionamiento de la Administración, el daño que puede sufrir algunas de las tareas que tiene encomendadas y el abuso a que puedan dar lugar algunas informaciones.

A pesar de ello, en ocasiones el velo del deber de secreto se levanta cediendo ante el derecho a recibir información por personas determinadas, generalmente interesados en un procedimiento, procediéndose a examinar caso por caso el aspecto concreto de información sobre tales materias. Ello no significa que el deber de informar sea el deber general de publicidad de toda la actividad administrativa, sino sólo el aspecto concreto de la información sobre materias reservadas o secretos.

Las materias sobre las que versa el secreto han de estar previamente determinadas por la ley o por actos de aplicación de la ley. Una de las materias sometidas al deber de secreto es la seguridad y defensa, no considerándose secreto todo lo que guarda alguna relación con ellas, sino solo aquello cuya difusión puede dañar las tareas de seguridad y defensa encomendadas a la Administración. Junto a los secretos oficiales en materia de seguridad y defensa, el legislador ha regulado, entre otros, el secreto de las comunicaciones, el secreto estadístico y los datos censales, el secreto económico y tributario y el secreto clínico⁵²⁹.

En relación con la motivación podemos hacer cierta distinción del deber de información sobre materias secretas como excepción a la eficacia *erga omnes* del deber de reserva o de secreto, diferenciando si la información atañe al ciudadano o si es información interna en el ámbito de las Administraciones Públicas.

En el primer supuesto, el interesado en un procedimiento puede conocer el contenido de la motivación, no de forma directa, sino indirecta, remitiéndose a la información contenida en el expediente. Independiente del acceso a la información

⁵²⁸GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 293. Vid el estudio detallado del secreto, en especial la distinción entre el deber de sigilo y deber de secreto SAINZ MORENO, F. (1991): “Secreto e información en el derecho público” en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, pp. 2891-2895.

⁵²⁹SAINZ MORENO, F. (1991), *op. cit.*, pp. 2863 y ss.

general garantizado por la Constitución, la obtención de información sobre asuntos concretos puede encontrar un límite, no ya solo con la protección de datos personales como hemos observado en el apartado anterior, sino también en el deber de guardar reserva o secreto, el cual puede quedar relegado a un plano inferior después de la ponderación entre intereses colisionados. En el supuesto de prevalecer el derecho de información del interesado, la información sobre asuntos concretos puede encontrarse incorporada tanto en registros como archivos públicos las cuales requieren un tratamiento distinto, con la aplicación peculiar de reglas diferentes del acceso a archivos según se haya terminado o no el asunto.

Por otro lado, como a continuación comprobaremos, si el órgano que cumplimenta la motivación necesitara de la colaboración de otros órganos requiriendo información pertinente, puede que se encuentre protegida por el secreto. Si del estudio del caso concreto y la ponderación valorada se decide que ha de informarse y producirse por tanto comunicación interna dentro de la misma Administración, hay que tener presente el equilibrio de tal comunicación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal para no derivar perjuicios, sin hacer caso omiso de las reglas pertinentes de colaboración interadministrativa si la información ofrecida proviene de un órgano de otra Administración.

En definitiva, el secreto se presenta como un instrumento de eficacia de las decisiones administrativas adoptadas que tiene un carácter transversal que se manifiesta desde una fase inicial del proceso de toma de las decisiones hasta después de formulada, de ahí que las materias clasificadas como reservadas o secretas actúan como un verdadero límite de contenido de la motivación.

B) La necesidad de motivar la confidencialidad en la contratación administrativa.

La materia calificada como reservada no solo actúa como límite del contenido de la motivación, sino también revierte en la necesidad de motivar el carácter confidencial de determinada información, como con cierta continuidad ocurre en el ámbito de la contratación administrativa.

La confidencialidad se manifiesta en todas las fases de la contratación del sector público, especialmente en las fases de selección y de adjudicación garantizando y protegiendo información específica facilitada por las empresas licitadoras, siendo necesario compatibilizar el principio de confidencialidad con los principios de publicidad y transparencia después de realizar una ponderación en cada caso de los

bienes jurídicos a proteger; de ahí que el órgano de contratación puede decidir, después de dicha valoración, que difundir determinada información puede perjudicar los intereses legítimos de la empresa adjudicadora o la competencia leal entre las empresas, pero también puede considerar que no existen motivos suficientes para proteger una determinada información.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya con el fin de evitar que se produzcan situaciones de indefensión realiza algunas propuestas mediante informe recomendando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se advierta de todo aquello que en ningún caso tendrá carácter confidencial y de la necesidad de hacer una declaración que no puede ser genérica ni en la cual se declare que todos los documentos tienen carácter confidencial, sino que debe especificarse de forma expresa y precisa que documentos o información tiene este carácter, con indicación de las circunstancias en que se fundamenta esta declaración.

El mencionado informe propugna la búsqueda del equilibrio necesario entre la protección de una determinada información facilitada por los licitadores y por los candidatos y el derecho del resto de las personas que han participado en el procedimiento a conocer, entre otros aspectos, los motivos en que se fundamentan las decisiones que se adopten a lo largo de todo el procedimiento; no siendo admisible “ni que toda la información facilitada tenga carácter confidencial ni tampoco que, según el principio de transparencia, se pueda tener acceso a todos los documentos que integran el expediente”⁵³⁰.

Necesariamente ha de darse, aparte de dicha búsqueda de dicho equilibrio, la motivación de la confidencialidad justificando razones objetivas con la finalidad de proteger intereses legítimos tanto públicos como privados tal como se deduce del artículo 153 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLCSP-.

“El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate

⁵³⁰ Informe 11/2013, 26 de Julio Junta Consultiva Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”.

De igual manera en los ámbitos de la defensa y la seguridad le es de aplicación a la motivación de la adjudicación del contrato la excepción de confidencialidad tal como refleja en el artículo 35.3 de la Ley 24/2011, de 1 de Agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

“El órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación del contrato, justificándolo debidamente en el expediente, siempre que su divulgación pueda constituir un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público, en particular a los intereses de defensa o la seguridad interior o perjudique los intereses comerciales legítimos de candidatos o licitadores públicos o privados, o pueda perjudicar la competencia leal entre ellos”.

4. ASPECTOS SUBJETIVOS

4.1. Rasgos característicos del órgano que cumplimenta la motivación.

El legislador de la vigente LRJPAC, al igual que hizo el de su predecesora, enmudece al hacer referencia acerca del órgano que debe realizar materialmente la motivación. Silencia la asignación de la facultad (o deber) para motivar las decisiones administrativas a un órgano específico, por lo que, en un principio, parece que es el mismo órgano que tiene atribuida la competencia para resolver, si se encuentra inmerso en alguno de los supuestos previstos en la Ley, el que debe asumir el cumplimiento del aludido deber. Por ello, es preciso entresacar y diferenciar, a su vez, diferentes labores: por un lado la labor de justificar y aportar razones, por otro, la labor de realizar formalmente la motivación y, por último, otra bien distinta, la labor sustantiva de resolver.

Ocurre a veces, que tales tareas confluyen en un mismo órgano, al solaparse la labor material de justificar y la labor formal de realizar la motivación con la de resolver, no requiriendo en este caso muchas observaciones a tratar, pues priman los rasgos

característicos que latan del órgano sustantivo que resuelve. Este órgano debe de ser un órgano que tenga atribuida la adecuada competencia para el caso concreto en el que se haya inmerso, tratándose de un órgano activo, al ser su función predominante o exclusiva la de emitir declaraciones de voluntad. A esta tarea, la del deber legal de resolver y notificar en plazo, se le aúna el deber de motivar las decisiones administrativas emitidas que realizará cumpliendo los requisitos de la motivación expuestos tanto en la ley como los que se han ido añadiendo de forma sucesiva por la doctrina y jurisprudencia.

En cambio, otras veces el mismo órgano que resuelve y se encarga de plasmar las argumentaciones o razones en la decisión final, no es el redactor oficial de tales justificaciones, sino que recurre para tal encomienda a la colaboración de otro u otros órganos administrativos.

Sea un supuesto u otro, el legislador no solo no especifica ni apuesta por un determinado órgano para realizar la motivación, sino que tampoco sugiere datos de los que pudiéramos conformar rasgos definidores del tipo de órgano más idóneo para ejercer tal labor. De hecho tampoco repara el legislador en el número de miembros que debe formar el órgano encargado de realizar la motivación, de lo que se deduce que tal exigencia va dirigida indistintamente a cualquier órgano, ya sea órgano unipersonal, ya sea colegiado.

Por todo ello, al no atribuirse legalmente de modo general la exigencia de la motivación a un órgano concreto ni hacerse mención expresa de sus rasgos característicos que sería conveniente tuviera, debemos tener presentes dos cosas: una, que aunque en un principio la labor de cumplimentar la motivación recae en el órgano sustantivo junto a la obligación de resolver, habrá que estar a las circunstancias de cada caso que requieran el auxilio de otros órganos, variando así el grado de implicación y participación del órgano sustantivo en la tarea de realizar la motivación y dos, que el órgano en cuestión, puede ser tanto unipersonal como colegiado.

4.2. Supuestos en los que el órgano sustantivo requiere de la participación de órganos auxiliares en la tarea de motivar.

En ocasiones, el órgano responsable de adoptar la decisión administrativa final y definitiva se vea necesitado del quehacer de uno o varios órganos que habrán de intervenir en la justificación material de la misma, incorporando sus decisiones e informes a la motivación realizada. Reflejo de ello lo tenemos en procedimientos como

los de selección de personal, procedimientos de contratación y de evaluación de impacto ambiental, requiriéndose en todos ellos de la participación de órganos especializados, como los Tribunales Calificadores, la Mesa de Contratación y los órganos ambientales, que emitirán el respectivo juicio especializado y que servirá de motivación *in allunde* recogida finalmente por el órgano sustantivo.

El primero de los procedimientos al que hacemos referencia, los procedimientos de selección de personal, son procedimientos de concurrencia competitiva en los que participan, de un lado, unos órganos encargados de seleccionar, los tribunales calificadores de concursos y oposiciones, que gozan de discrecionalidad técnica, y, de otro, los órganos que resuelven y ponen fin al procedimiento selectivo. La función de tales tribunales calificadores ha quedado suficientemente asentada por la jurisprudencia, que precisa que “deben ofrecer al órgano administrativo que ha de decidir esa selección, aquellos conocimientos que no posee este, pero sí resultan necesarios para realizar la tarea de evaluación profesional que constituye el elemento central de tales procesos selectivos”⁵³¹.

En estos casos el órgano administrativo que resuelve decide en base a la labor evaluadora realizada por el tribunal calificador y cumplimenta la motivación recogiendo tal información y acreditando los fundamentos de la resolución adoptada, no consistiendo tal acreditación, únicamente en incorporar los dictámenes del Tribunal calificador, sino también en fundamentar la resolución administrativa que pone fin al procedimiento de selección.

En relación al segundo de los procedimientos enunciados, los procedimientos de contratación, en la fase de adjudicación de los procedimientos relativos a la materia de selección y adjudicación de contratos, nos encontramos la presencia de dos órganos, la Mesa de Contratación, órgano colegiado de asistencia que le corresponde la valoración de las ofertas y que emite una propuesta de adjudicación, y el órgano de contratación. Tanto uno como otro, la Mesa, al elevar su propuesta al órgano de contratación como éste, al resolver, participan en la justificación de la decisión y el órgano adjudicatario, además, participa en la tarea de realizar la motivación.

Por un lado, la Mesa tras realizar la baremación de las distintas propuestas en relación con los criterios establecidos, ya sea en el Pliego de Condiciones o en un Anexo a este, elabora una propuesta que formalmente se entenderá correcta, como ya se

⁵³¹ Vid. entre otras STS 14 Julio 2000 Rec. 258/1997 FJ 4.

ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente, con la mera expresión de la puntuación⁵³². Pese a ello para no ser catalogada como insuficiente y conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados también “debe incluir, en todo caso, la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del concurso”⁵³³.

Es la Mesa, como órgano de carácter técnico que auxilia al órgano de contratación, la que modela en un primer momento la justificación de la decisión administrativa adjudicatoria al explicar la ponderación de los criterios aplicando los criterios valorativos reflejados en el Pliego. La motivación de la propuesta de la Mesa puede llevar aparejada los informes que considere necesario para formular tal propuesta, y en los casos en que es obligatorio el informe de un comité de expertos o de un organismo técnico especializado.

Por otro lado, el órgano competente para adjudicar, aunque no le vincula la propuesta, resuelve y justifica su decisión cumplimentando la motivación que contiene tanto la propuesta de la Mesa, los informes en su caso, como los fundamentos en que se basa la aceptación o rechazo de dicha propuesta. La explicación de la ponderación de los criterios aplicados por la Mesa constituye, como nos recuerda el Tribunal Supremo, “también la motivación de la resolución decisoria del concurso cuando asume dicha propuesta”, ya sea aceptándola o rechazándola⁵³⁴.

Finalmente, el tercero de los supuestos mencionados en los cuales podemos diferenciar la participación de dos órganos administrativos con las respectivas motivaciones de las decisiones adoptadas, son los procedimientos ambientales de evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental, ya sea para la aprobación o la adopción de los planes y programas o para la autorización de los proyectos, que recientemente con la aprobación de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de Evaluación Ambiental -LEA- se ha unificado su tramitación⁵³⁵.

⁵³² STS 27 Mayo 2009 Rec. 4580/2006 FJ6.

⁵³³ Artículo 88.1 TRLCAP.

⁵³⁴ STS 25 Enero 2012 Rec. 3052/2011 FJ 4.

⁵³⁵ La Ley 21/2013 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, presentando como principal novedad la de unificar en un único texto legal el régimen jurídico de la evaluación ambiental de planes y programas, que, hasta ahora, se encontraba regulada en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, así como de proyectos, que se regulaba en el Real Decreto Legislativo

El órgano ambiental emite, según los casos, el pronunciamiento ambiental adecuado y correspondiente, ya sea la declaración ambiental estratégica, el informe ambiental estratégico, la declaración de impacto ambiental o el informe de impacto ambiental, al que se le reconoce la naturaleza jurídica de informe de carácter preceptivo y determinante⁵³⁶. Carácter determinante que se materializa en el mecanismo para la resolución de discrepancias entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo, de manera que el órgano sustantivo está determinado por el condicionado de los pronunciamientos ambientales, pudiendo apartarse motivadamente solo en el ámbito de sus competencias y planteando la correspondiente discrepancia ante el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno de la comunidad Autónoma correspondiente, o en su caso, el que dicha comunidad haya determinado⁵³⁷.

En definitiva, los informes ofrecidos por los órganos especializados (Tribunal calificador, Mesa de contratación y Órgano ambiental) servirán de justificación a la decisión emitida en cada caso por el órgano sustantivo competente para resolver cada uno de los diferentes procedimientos y son también motivación de la resolución decisoria. El órgano competente para resolver cumplimenta la motivación con la colaboración de órganos especializados.

4.3. Especial atención a la motivación efectuada por un órgano colegiado.

4.3.1. La colegialidad como causa de exoneración del deber de motivar.

Las decisiones administrativas no solo pueden ser adoptadas por órganos unipersonales sino también por órganos colegiados mediante una votación en la que se integra la voluntad de los miembros respecto al asunto sobre el que previamente se ha

1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

⁵³⁶ El carácter determinante de los pronunciamientos ambientales se manifiesta en una doble vertiente, formal y material. Desde el punto de vista formal o procedimental, el carácter determinante de los pronunciamientos ambientales implica que no es posible continuar con la tramitación del procedimiento sustantivo en tanto éste no se evacue. Desde el punto de vista material, esto es, en cuanto a la vinculación de su contenido para el órgano que resuelve, el carácter determinante de un informe supone, conforme a la reciente jurisprudencia, que el informe resulta necesario para que el órgano competente para resolver pueda formarse criterio sobre las cuestiones a las que el propio informe se refiere.

⁵³⁷ Art.12.2 LEA: “El órgano sustantivo trasladará al órgano ambiental escrito fundado donde manifieste las razones que motivan la discrepancia junto con toda la documentación, incluyendo cuantos informes y documentos estime oportunos, en el plazo máximo de treinta días hábiles desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente de la declaración ambiental estratégica, de la declaración de impacto ambiental, o en su caso, del informe ambiental estratégico, o del informe de impacto ambiental.

deliberado⁵³⁸. En tales circunstancias cabría preguntarse si los actos administrativos producidos por órganos colegiados deben motivarse o son excluidos de tal exigencia, precisamente por emanar de esa clase de órganos.

El legislador, ni en el artículo 43 de la ley anterior ni en el artículo 54 de la ley vigente particularizan al respecto, y en el tratamiento de los órganos colegiados ambos textos legales lo que prescriben es que en el acta de la sesión se reflejen alguna que otra particularidad, entre ellas el sentido del voto de cada miembro, su abstención y “los motivos que lo justifiquen”⁵³⁹. No contemplan estos preceptos, en rigor, una exigencia de motivación de la decisión adoptada por el colegio “sino la obligación del secretario de dejar constancia fiel, a solicitud de los miembros, de los motivos que justifican su voto”⁵⁴⁰.

Si seguimos hurgando en el derecho positivo alguna que otra norma confirma que los actos de los órganos colegiados han de ser motivados, así en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, modificado por Real Decreto 255/2006, de 3 de Marzo, declara literalmente que

“Los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deberán ser motivados. La motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria”⁵⁴¹.

⁵³⁸ Vid. Sobre los órganos colegiados: COSCULLUELA MONTANER, L. (2015); VALERO TORRIJOS, J. (2002): *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente*, Ministerio de Administraciones Públicas-Ministerio de la Presidencia; CARBONELL PORRAS, E. (1999): *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios políticos y constitucionales; GONZALEZ NAVARRO, F. (1962): “Órganos colegiados en la Ley de Procedimiento Administrativo”, *Documentación Administrativa* núm. 55; GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, pp. 571-624; GARCIA DE ENTERRIA, E. (1972): “Estructura orgánica y Administración consultiva”, *Administración española: estudios de ciencia administrativa*, Madrid Alianza, pp. 25 y ss.; PARADA VAZQUEZ, R. (1999): *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre*, Marcial Pons, pp. 127-138.

⁵³⁹ Art.27.2 LRJPAC.

⁵⁴⁰ DOMINGO CEBALLOS, M. J. (1993), *op. cit.*, p. 4343.

⁵⁴¹ Art.22 .2.

Aunque son escasas las referencias doctrinales a la cuestión planteada, de manera incipiente DE LA VALLINA, vigente la LPA de 1958, ya consideraba que, a los supuestos legalmente obligados de motivación, habría que añadirles “la motivación de los acuerdos de los órganos colegiados y de los posibles votos particulares o contrarios al acuerdo de alguno de los miembros”⁵⁴². Posteriormente y ya en vigor la actual Ley de procedimiento, la LRJPAC, nos encontramos otras opiniones doctrinales de gran rigor científico como la expuesta por CARBONELL PORRAS que iguala la motivación de los órganos unipersonales a la motivación de los órganos colegiados, resaltando que no es diferente la una de la otra, “ni en la forma ni en el fondo”⁵⁴³.

Por otra parte, la jurisprudencia es partícipe en la cuestión debatida demostrando interés por la motivación de los órganos colegiados manifestando en sus dictados no solo la obligatoriedad del cumplimiento de tal exigencia sino, a veces, su exoneración como se desprende en supuestos relativos a la provisión de puestos de trabajo de libre designación, generando fuertes reacciones doctrinales⁵⁴⁴.

En concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo justifica la innecesariedad de motivar en base a una de las peculiaridades del órgano que emite el acto administrativo y cuya motivación se pretende: su carácter colegiado. Este Tribunal manifiesta que

“el ejercicio de discrecionalidad corresponde aquí a un órgano colegiado, no a una persona singular, y que es dicho órgano el que emite una propuesta de nombramiento como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votaciones que reflejan un criterio mayoritario, sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes”⁵⁴⁵.

Este pronunciamiento jurisprudencial no ha quedado indemne de opiniones doctrinales que han respondido con sólidos argumentos. Por un lado BACIGALUPO SAGGESE se cuestiona porqué en supuestos de actos administrativos colegiales que ponen fin a procedimientos selectivos, el Tribunal Supremo no enjuició la controvertida necesidad de motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional con arreglo

⁵⁴² DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 54.

⁵⁴³ CARBONELL PORRAS, E. (1999), *op. cit.*, p. 228.

⁵⁴⁴ BACIGALUPO SAGGESE, M. (2000): “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, REDA e IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003).

⁵⁴⁵ STS 30 Noviembre 1999 Rec.449/1997 FJ 6.

al párrafo 2 del artículo 54 LRJPAC, norma especial y preferente, por la que se rige la motivación de los actos que ponen fin a tales procedimientos, independientemente tengan naturaleza discrecional o reglada. Y a ello suma, en base a la similitud que presentan los nombramientos de designación discrecional con los concursos para la provisión de plazas de profesorado universitario, la naturalidad con la que la norma reguladora de los concursos formula la exigencia de motivación dirigida a los miembros de un órgano colegiado⁵⁴⁶.

De otro lado, IGARTUA SALAVERRIA responde al Tribunal Supremo con una serie de comentarios estructurados en explícitas argumentaciones que, entre otras, resaltan su confianza en la motivación de los actos colegiados en ejercicio de potestad discrecional. Considera que al “igual que los miembros del órgano colegiado deliberan para ponerse de acuerdo sobre la propuesta, lo mismo pueden hacer para acordar sobre cómo razonarla o motivarla” y, a la misma vez, ofrece una solución alternativa en el supuesto que no fuera posible una motivación común a los miembros que coinciden en la propuesta: la motivación *seriatim* -cada uno motiva por su cuenta-, en lugar de prescindir radicalmente de la motivación⁵⁴⁷.

Finalmente, es oportuno apuntar la práctica habitual en la motivación de los actos colegiales de la aceptación de informes o dictámenes realizados por otros órganos administrativos, lo que conlleva cumplir los requisitos que arrastra esta forma de articularse la motivación, denominada motivación por remisión o *in allunde*, y que trataremos en el último capítulo al examinar las diferentes modalidades de motivación⁵⁴⁸.

4.3.2. La formación de la voluntad del órgano colegiado: la importancia de la deliberación.

La formación de la voluntad en los órganos unipersonales no plantea problemas, pues la voluntad de la persona física titular del órgano se imputa de forma automática a la voluntad del órgano quedando recogida en sus términos exactos en el soporte escrito, o de otra naturaleza, donde se refleja y que él mismo suscribe con su firma u otro mecanismo que permita autenticar su decisión. En cambio, en los órganos colegiados es necesaria una serie de reglas de constitución y funcionamiento de estos órganos que garanticen que la voluntad de los mismos se integra de manera adecuada.

⁵⁴⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M. (2000), *op. cit.*, p. 418.

⁵⁴⁷ IGARTUA SALAVERRIA, J. (2003), *op. cit.*, p. 148.

⁵⁴⁸ STS 30 Septiembre 1998 Rec. 390/1995 FJ2; STSJ País Vasco núm. 668/2005, 7 Octubre FJ 2.

La celebración de la sesión de los órganos colegiados trae consigo, entre otras, el fomento de un debate anterior al momento en que se produce de forma estricta la formación de la voluntad colectiva a través de la votación. El momento de contraste de los diferentes puntos de vista de cada uno de los miembros respecto de los asuntos es significativo en la formación de la voluntad colegial, de hecho si no fuera así bastaría con que se remitiera el listado de los asuntos a cada uno de los miembros y en el plazo establecido comunicaran su criterio adoptado de manera individual al Presidente, el cual computaría el resultado final imputable al órgano.

La deliberación permite comprobar cuáles son las razones que han justificado el sentido del voto emitido por cada uno de ellos, tanto las que sostienen la voluntad mayoritaria como las opiniones de la posición minoritaria, por lo que en aquellos supuestos que no se diera tal deliberación y se procediera directamente a la votación, sería aconsejable que el presidente advirtiera a los miembros la necesidad de motivar el acuerdo cuando se trate de uno de los casos previstos en el artículo 54 de la LRJPAC⁵⁴⁹.

4.3.3. El acta como motivación de los acuerdos colegiales. Referencia al voto particular.

Los actos administrativos emanados de órganos colegiados, aparte de su colegialidad, ofrecen otra peculiaridad: la oralidad, la cual se presenta como la base fundamental del procedimiento y del acto colegial, constituyendo, a su vez, la excepción más relevante a la forma escrita de los actos administrativos, según lo previsto en el artículo 55 de la LRJPAC. Dada la oralidad del acto colegial, éste debe ser documentado posteriormente a través del acta en la que se recogen los principales hechos de la sesión del órgano colegiado así como los acuerdos adoptados a efectos probatorios. Tal finalidad acreditativa del acta de la sesión predetermina parte de su contenido pero no todo, pues también deben recogerse otros datos accesorios que no afectan ni a la prueba de la existencia del acuerdo ni a la validez de su adopción previstos en el párrafo 2 del artículo 27 de la LRJPAC⁵⁵⁰, por lo que es posible

⁵⁴⁹ VALERO TORRIJOS, J. (2002), *op. cit.*, p. 579.

⁵⁵⁰ Este párrafo segundo junto al tercero y quinto del artículo 27 de la LRJPAC no tienen carácter básico siendo contrarios al orden constitucional de competencias por constituir una regulación de detalle que no deja espacio normativo a las Comunidades Autónomas. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en STC 50/1999, de 6 de noviembre.

diferenciar un contenido necesario o natural del acta y un contenido facultativo⁵⁵¹, e incluso algún autor señala un tercer género denominado eventual⁵⁵².

El párrafo primero del artículo 27 exige con carácter básico que en el acta se especifique necesariamente “los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se han celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados”.

La transcripción de los puntos principales de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados tienen gran transcendencia, pues a través de ellas se conocen las razones que motivaron el sentido de las decisiones colegiales adoptadas y que permitirán conocer con seguridad los pormenores de tal decisión, reflejando así, junto al número de asistentes a la sesión, el orden del día y circunstancias del lugar y tiempo en que se celebró, la formación de la voluntad del órgano. Por tanto, la motivación de los actos colegiales formaría parte del contenido mínimo y necesario del acta.

Resulta llamativo que lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 relativo al modo en que ha de hacerse constar en el acta el sentido del voto emitido por los miembros, no se le haya reconocido naturaleza básica pues el derecho de los miembros a que figure en el acta de manera expresa e individualizada su abstención, su voto afirmativo o negativo, junto con los motivos que justifican cualquiera de estas posturas mantiene una estrecha conexión con la motivación del acuerdo adoptado por el órgano.

En el caso de los órganos colegiados al reflejarse no sólo los argumentos favorables a la decisión mayoritaria sino además las opiniones de carácter minoritario o incluso las que fundamentan la abstención existe una “reduplicada” obligación de motivación que supera las exigencias previstas en el artículo 54 de la LRJPAC, de manera que

“al recogerse en el acta los puntos principales de las deliberaciones tanto en sentido favorable como discrepante de la decisión mayoritaria se está produciendo al mismo tiempo una motivación de carácter negativo que obligará a apreciar la decisión colegiada teniendo en cuenta el valor conjunto de ambos tipos

⁵⁵¹ CARBONELL PORRAS, E. (1999), *op. cit.*, p. 226.

⁵⁵² VALERO TORRIJOS, J. (2002), *op. cit.*, p. 608. Considera que “existen extremos que, si bien no se producen en todo caso en cualquier sesión, cuando concurren determinadas circunstancias debe entenderse que el Secretario ha de consignarlos preceptivamente porque tienen relevancia para constatar si se han respetado las reglas esenciales para la formación de la voluntad colegiada”.

de argumentos, de cuyo contraste podrá obtenerse un resultado más provechoso a la hora de controlar la adecuación del acto colegiado al ordenamiento jurídico”⁵⁵³.

Mención aparte merece el voto particular como manifestación de discrepancia con el acuerdo finalmente adoptado por mayoría. El artículo 27.3 de la LRJPAC reconoce el derecho de los miembros a hacer constar expresamente en el acta los motivos que justifican su opinión contraria al acuerdo mayoritario. Previsión que según la STC 50/1999 no tiene carácter básico, por lo que en principio las Comunidades Autónomas podrían establecer una regulación diferente en relación con las manifestaciones disconformes.

Según lo previsto legalmente, el texto del voto particular sólo se incorporará al acta una vez aprobada, lo que repercute también en la exclusión de su reflejo en la certificación previa del acuerdo adoptado. Sobre este aspecto, en la medida que tienen una cierta relevancia en orden a reflejar el proceso de formación de la voluntad colegiada, parece conveniente que en la certificación se consigne al menos la existencia de los votos particulares, debiéndose incluir el sentido de los mismos y su motivación cuando así lo requiera expresamente el solicitante de la certificación al realizar su petición⁵⁵⁴.

En definitiva, dado que el artículo 27.2 de la LRJPAC requiere con carácter básico que en el acta se reflejen los puntos principales de las deliberaciones, será en ella donde se recoja la motivación de las decisiones colegiadas, por lo que puede afirmarse como señala VALERO TORRIJOS que

“el Secretario deberá ejercer esta función con especial detalle cuando el acuerdo del órgano se refiera a uno de los actos que necesariamente hayan de ser motivados, sin perjuicio de que, con ocasión de la posterior aprobación del acta por el propio órgano, alguno de los miembros manifieste la necesidad de concretar ciertos extremos con el fin de cumplir más adecuadamente con las exigencias de la motivación”⁵⁵⁵.

⁵⁵³ VALERO TORRIJOS, J. (2002), *op. cit.*, p. 619.

⁵⁵⁴ VALERO TORRIJOS, J. (2002), *op. cit.*, p. 596.

⁵⁵⁵ VALERO TORRIJOS, J. (2002), *op. cit.*, p. 579.

4.3.4. Uso de las tecnologías e información en el funcionamiento de los órganos colegiados.

El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación -TICs- en las Administraciones Públicas es una realidad que ha ocasionado mejoras en el funcionamiento de los órganos colegiados superándose las barreras y limitaciones a las que se enfrenta en la actualidad con aplicaciones, ya sean generales o específicas.

El reflejo de tales tecnologías en el funcionamiento de los órganos colegiados se da a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento colegial, instaurándose en las diferentes fases que aglutinan la convocatoria, la constitución de la sesión con las deliberaciones y acuerdos adoptados y la documentación de estos acuerdos.

El órgano colegiado electrónico constituye una manifestación más del impacto de la sociedad de la información en la organización administrativa, recogiendo su voluntad en el acto. El acto colegial, aunque en principio es oral, no es obstáculo para que se puedan utilizar las tecnologías de la información y la comunicación en su plasmación posterior.

Si tomamos prestada la definición elaborada por CERRILLO I MARTINEZ entendiendo el órgano colegiado electrónico como “aquel órgano administrativo formado por tres o más personas que en el desarrollo de sus funciones utilizan intensivamente las tecnologías de la información y la comunicación con el fin de mejorar la información de los miembros, su interacción y su participación en la adopción de los acuerdos”⁵⁵⁶, estaremos ante un acto administrativo emanado por un órgano colegiado electrónico tanto en el supuesto donde las deliberaciones y las votaciones del órgano colegiado se desarrollen en un entorno virtual como en el supuesto que el acto colegial se plasme en un documento electrónico.

En ambos supuestos, la exigencia de motivar los actos sigue latente, es obligatoria, generándose, a efectos probatorios, la necesidad de plasmar los acuerdos que se hayan adoptado en un acta. Y es en este acta, como documento formal y solemne, dónde debe recogerse la motivación de los actos colegiales sean o no electrónicos.

Pero precisando aún más, si acto administrativo es emitido por el órgano colegiado electrónico, la motivación del acto puede venir plasmada tanto en un documento administrativo soporte papel como en un documento administrativo en

⁵⁵⁶CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2006): *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Aranzadi, p. 82.

soporte electrónico sin verse mermada el valor y exigencia de la motivación en ésta última situación⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Art. 29 Ley 11/2007, de 22 de Junio, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y Título VI del RD1671/2009, de 6 de Noviembre que desarrolla parcialmente la Ley 11/2007. Vid. SANZ LARRUGA, F. J. (2009): “Documentos y archivos electrónicos” en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2009): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson, pp. 455-492.

Es interesante la lectura de algunas de las referencias de Derecho comparado sobre el documento administrativo en Europa en el trabajo de OLLERT RUBERT, en el cual se cita la Decisión 2004/563, de 7 de julio de 2004, de la Comisión Europea sobre el uso y condiciones de uso de los documentos electrónicos en el ámbito europeo. Cfr. OLLERT RUBERT (2008): “El documento electrónico en Europa: reflexiones desde el Derecho Administrativo” en BLASCO DIAZ, J. L. y FABRA VALLS, M. J. (2008): *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Castellón, pp. 73-11.

CAPITULO IV.- ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEBEN MOTIVARSE

1. INTRODUCCIÓN.

La LRJPAC, como su predecesora la LPA, no regula la motivación como requisito general de todo acto administrativo, sino que parte del principio de la innecesariedad de la motivación de los actos administrativos limitando su exigencia a determinados supuestos, que se vieron ampliados a partir de 1992, con lo que se vino a invertir en la práctica la excepción de motivar en la regla general, atendiendo sobre todo a la extensión de los actos limitativos⁵⁵⁸. De ahí que nuestro ordenamiento a diferencia de otros como el alemán se construye, en referencia a los supuestos exigidos de una motivación, sobre la enumeración de una serie de actos administrativos que deben ser motivados⁵⁵⁹.

De los supuestos legalmente es exigible la motivación, expondremos primero los previstos en la LRJPAC en un solitario artículo 54, continuando con la exposición de aquellos excluidos de la obligatoriedad de motivarlos para finalizar con la selección de las novedades aportadas por la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. ACTOS QUE LIMITEN DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS.

2.1. Delimitación previa de los supuestos que limitan derechos subjetivos e intereses legítimos.

El primero de los supuestos enunciados por el legislador sobre el que recae la exigencia legal de motivar hace referencia a dos conocidas y significativas figuras jurídicas de gran importancia para el administrado cuando ostenta situaciones jurídicas activas como sujeto de derechos frente a la Administración: el derecho subjetivo y el interés legítimo. La limitación de ambas generada a raíz de las decisiones administrativas adoptadas conforman el presupuesto de hecho del que partimos y del que es conveniente delimitar en un principio qué actos se entienden como limitativos, por un lado, y cuál es el significado de derecho subjetivo e interés legítimo, por otro.

⁵⁵⁸ STS 11 Diciembre 2002 Rec.166/2001 FJ 3.

⁵⁵⁹ Parágrafo 39 de la VwVfG, Ley Federal de Procedimiento Administrativo, parte de la necesidad de fundamentar todos los actos dictados o recogidos por escrito, con excepciones como los supuestos en los que el contenido del acto ya es conocido por el destinatario o en los actos producidos en masa o con destinatario plúrimo.

Pese a que la normativa sobre procedimiento administrativo vigente hasta 1992 recogía como primer supuesto exigido de motivación a los actos que limitaran derechos subjetivos, sectores doctrinales y la propia jurisprudencia abogaron una interpretación extensiva entendiendo que el término “derechos había que interpretarlo en sentido amplio, incluyendo los intereses legítimos o derechos debilitados”⁵⁶⁰ y manifestando que la referencia a la limitación de derechos subjetivos también daba cabida al supuesto de que el contenido del derecho particular se dirigiera a obtener un acto de autorización ampliatorio de la esfera de actuación individual, pues aunque el contenido del derecho que postula el recurrente se dirija a la obtención de un acto de autorización ampliatorio de su esfera de actuación individual, el acuerdo denegatorio presupone una limitación de su ejercicio y debe ser oportunamente motivado⁵⁶¹.

El legislador de 1992 obedece tales consejos doctrinales y jurisprudenciales añadiendo al primero de los supuestos necesitados de la motivación expuesto en el artículo 54, el término “intereses legítimos” junto al de los derechos subjetivos⁵⁶². La motivación se exige respecto de todo acto que suponga una limitación a la actividad del administrado que no estuviera prohibida o que estuviera condicionada a la adopción del acto⁵⁶³.

En términos generales, podríamos afirmar que tanto los actos que limitan derechos subjetivos como los que limitan intereses legítimos coinciden en su contenido en que son actos desfavorables, afirmación de la cual podríamos deducir en un principio que la motivación se exige para todos los actos desfavorables, entendiendo éstos como aquellos que restringen o aminoran la esfera jurídica del particular, que lesionan sus derechos o intereses legítimos o que menoscaban o perjudican la situación previa de la que partía el destinatario del acto. Como ejemplo paradigmático de tales actos desfavorables y necesitados de motivación son las sanciones administrativas, a las que la jurisprudencia suele modular el nivel de exigencia de la motivación, así cuando establece que la imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ GARCIA-TREVIJANO FOS, J. A. (1991), *op. cit.*, p.152.

⁵⁶¹ STS 26 de Noviembre 1982 RJ 1982/7012 CD3.

⁵⁶² STS 29 Julio 2002 Rec.7180/1996 FJ 4; STSJ (Madrid) num.751/2000, 13 Julio FJ 2; STS 15 Febrero 2000 Rec.803/1995; STS 21 Junio 1999 Rec.582/1997 FJ 1.

⁵⁶³ GONZALEZ PEREZ, J. (2012), *op. cit.*, p. 1137.

⁵⁶⁴ STS18 Enero 2007 Rec. 8602/2003 FJ 4; STS 30 Noviembre 2006 Rec. 7598/2003 FJ 5; STC 140/2009,15 Junio.

Pese a ello, no creemos que haya que ser exhaustivo en acotar la obligación de motivar única y exclusivamente a los actos desfavorables en los que se dé una manifestación del ejercicio de algunas de las potestades ablatorias, como la expropiatoria, sancionadora, revocatoria, entre otras, sino que, como apunta GALLARDO CASTILLO, habría que ofrecer una interpretación extensiva, incluyendo aquí tanto a actos que supongan un simple empeoramiento de la situación inicial del interesado o que la resolución administrativa le impida alcanzar una expectativa a obtener un derecho, como puede ocurrir en aquellos actos que denieguen subvenciones y ayudas convocadas por la Administración e incluso los actos denegatorios de una autorización⁵⁶⁵.

En nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no se define legalmente a los actos favorables, por lo que es de destacar la labor del Consejo de Estado que los delimita “como aquellos que hayan enriquecido su patrimonio con un derecho antes inexistente o hayan liberado un derecho efectivo de los mismos que preexistiese de algún límite de ejercicio”.

La autorización como acto que amplía la esfera jurídica del particular se cataloga como acto jurídico favorable y de ello se derivan una serie de consecuencias, como la relativa al requisito de la motivación⁵⁶⁶. Los distintos Tribunales de diferentes ámbitos jurisdiccionales apuestan de manera rotunda por ella en aquellos supuestos de denegación de autorizaciones, así en concreto como el de denegación de una autorización para aprovechamiento de bienes situados en el cauce del río, en los que considera el Tribunal Supremo que la motivación es necesaria “aún tratándose de un acto de simple autorización, en cuanto ésta se exige para el válido ejercicio de una actividad, al no ser otorgada se limita el derecho subjetivo del administrado”⁵⁶⁷, y en otros que se deniega la autorización para la realización de determinadas actividades relativas a la jardinería “que no especifica qué concretas actividades pueden entenderse

⁵⁶⁵ GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010): “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, en *Actualidad Administrativa*, p. 142.

⁵⁶⁶ La autorización es considerada como una de las técnicas tradicionales de intervención administrativa que representa un instrumento de carácter preventivo que protege el interés general sin menoscabar la libre iniciativa. Esta técnica del Derecho está presente tanto en el ámbito público como en el privado y aunque adopta sus principios y reglas de régimen jurídico, la peculiar posición de la Administración y el juego del principio de legalidad distancian el régimen de las autorizaciones administrativas de las que tienen lugar en el ámbito jurídico-privado. La autorización administrativa realiza un control de la legalidad u oportunidad del ejercicio de una actividad en régimen de libre iniciativa, de aprovechamiento del dominio público o de la propia competencia. De tales modalidades de autorización nos interesan las dos primeras, las autorizaciones de policía y las demaniales, por tener como objeto el control de las actuaciones de los particulares.

⁵⁶⁷ STS 9 Marzo 1998 Rec. 4005/1990 FJ 1.

excluidas del ámbito autorizatorio, causando una clara indefensión a la interesado, al impedirle determinar las actividades que debe dejar de realizar para obtener la autorización y le impide recurrir o realizar las alegaciones y practicar la prueba precisa que acredite que la actividad concreta se encuentra dentro del ámbito autorizable”⁵⁶⁸.

El otorgamiento de las licencias de armas se encuadra también entre los supuestos de autorizaciones y como tales actos administrativos se conceptúan como ampliatorios de la esfera de actuación de los particulares. Es indudable que por su propio carácter presuponen una limitación al ejercicio de los derechos en general, por lo que al producirse el acto denegatorio se hace efectiva la limitación posible que impone, en consecuencia, la motivación⁵⁶⁹.

Para evitar estos artificios interpretativos, el legislador a raíz del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/92 las normas reguladoras de los Procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, prevé en el artículo 3.2 que “las resoluciones de estos procedimientos serán siempre motivadas”. Ahora bien su carácter no básico insta a promover un replanteamiento de la cuestión reconsiderando el carácter básico de la exigencia de la motivación en las resoluciones relativas a las autorizaciones y un buen comienzo de ello sería a partir de lo que se infiere en el apartado a) del artículo 54.

Por último, haciendo referencia a otro tipo de actos favorables como los actos de otorgamiento de subvenciones, es de reseñar que los principios de objetividad, concurrencia y publicidad que han de regir en el otorgamiento de incentivos y ayudas comportan unas exigencias de motivación y publicidad. A pesar de producirse algún que otro pronunciamiento que expresa que los actos relativos a la denegación de subvenciones no tienen que ser motivados, la motivación es exigible en los actos administrativos de denegación de incentivos económicos regionales⁵⁷⁰. De una manera uniforme la jurisprudencia ha establecido la obligación de motivar este género de decisiones administrativas, declarando “que podrá debatirse sobre el mayor o menor grado de suficiencia de la motivación, en concreto, pero nunca se ha dudado de la exigencia de ésta en sí misma considerada, puesto que el componente discrecional de la actividad administrativa de fomento en modo alguno impide que la decisión deba ser

⁵⁶⁸ STSJ (Castilla y León), num127/2005, 25 Febrero.

⁵⁶⁹ STS 14 de Noviembre 1984 RJ 1984/ 6213.

⁵⁷⁰ STS 11 Febrero 2002 Rec. 7091/1995 FJ 5; STS 5 Julio 2002 Rec. 525/1999 FJ 3; STS4 Julio 2001 Rec. 5327/1994 FJ 2; STS 12 Diciembre 2001 Rec. 8908/1995 FJ 3.

también motivada si limita derechos subjetivos o intereses legítimos”⁵⁷¹.

El segundo de los aspectos anteriormente apuntado en el tratamiento de la delimitación previa de los supuestos limitadores de derechos e intereses, revierte en el significado de ambas figuras. En derecho administrativo se habla de derecho subjetivo para significar aquellas situaciones activas, facultades o haces de facultades que se reconocen a favor de una persona en sus relaciones con la Administración y que le permiten exigir de ésta una obligación o conducta concreta, ya sea de dar, hacer o no hacer o abstenerse. Esta figura tomada en préstamo del Derecho privado tiene siempre el correlato de una obligación concreta para con su titular, al igual que en el ámbito privado, lo que ocurre es que en el Derecho administrativo se conocen también otros derechos subjetivos de distinto contenido a los que corresponden obligaciones que sólo la Administración puede cumplir, como ocurre en supuestos de otorgar licencias de armas o subvenciones con fondos públicos, existiendo por tanto un amplio catálogo de derechos subjetivos en el Derecho público.

Dentro de los derechos públicos subjetivos que puede ostentar el particular frente a la Administración, emerge una subcategoría compacta y de gran valor que engloba a los derechos fundamentales, los cuales gozan de un plus de protección reflejado, entre otros, con la exigencia de motivación. La relevancia constitucional que puede arrastrar a veces la motivación queda patente en aquellos supuestos que supongan una limitación o restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁷².

De otro lado junto a la figura del derecho subjetivo, la propia Constitución alude al interés legítimo como una situación jurídica activa menos consistente y enérgica que éste. Su mención ya sea en la norma suprema o en la legislación administrativa suele hacerse de manera simultánea y alternativa al derecho subjetivo, dando a entender que se trata de una situación jurídica distinta⁵⁷³. La titularidad del interés legítimo faculta a quienes lo ostenten a exigir de la Administración el cumplimiento estricto de la legalidad objetiva, pues si bien no pueden oponer a la actuación administrativa un

⁵⁷¹ STSJ (Com.Valenciana) num1747/2002, 5 Diciembre FJ 3; STS 29 Julio 2002 Rec. 7180/1996 FJ 4; STS 20 Mayo 2002 Rec. 2531/1996 FJ 4; STS 15 Febrero 2001 Rec. 803/1995.

⁵⁷² STC 17/2009, de 26 Enero Rec. 1703/2005.

⁵⁷³ En sus comienzos, la tutela judicial frente a la Administración, al estar regulado sobre el modelo de Derecho Procesal civil, sólo permitía defender ante los jueces verdaderos derechos subjetivos típicos, dejando fuera infracciones de las normas atributivas de derechos subjetivos como los referentes a la competencia o el procedimiento. Así ilegalidades de la Administración estaban exentas del control judicial, aun que causaran perjuicios al interesado. Para superar todo esto se niega la individualidad del interés considerándolo como una modalidad atípica de derecho subjetivo al que se califica de derecho subjetivo reaccional.

derecho propio, sí podrán reclamar que la decisión se adopte cumpliendo todos los requisitos y condiciones que se deriven de las normas jurídicas aplicables y de los principios generales del derecho. Se trata de un interés cualificado, que no se confunde con el interés objetivo en que se cumple la legalidad sino que equivale a una situación en virtud de la cual deriva para quien la ostenta un beneficio o perjuicio real, actual o potencial de la aceptación de sus pretensiones. La doctrina se involucra en perfilar el término interés legítimo con manifestaciones que lo iguala tanto a “una situación que se da por efecto reflejo o indirecto de una norma, cuando ésta protege de modo inmediato al interés público a la vez que protege de modo indirecto también intereses individuales del administrado”⁵⁷⁴, como a aquella en la que se encuentra una persona en relación a una determinada actuación administrativa de cualquier tipo ante la que carece de un derecho subjetivo de naturaleza sustancial para que la Administración haga o se abstenga, pero de la que puede derivarle un beneficio o un perjuicio”⁵⁷⁵.

El Tribunal Constitucional compele a los órganos jurisdiccionales que el término interés legítimo debe ser interpretado en sentido amplio y no restrictivo, conforme al principio “*pro actione*”⁵⁷⁶, precisando que dicha expresión reflejada en el artículo 24.1 del texto constitucional, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo”, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico⁵⁷⁷. Tal afirmación ha llevado a insistir al Tribunal Supremo que “la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto” y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ LOPEZ PELLICER(1993), *op. cit.*, p.

⁵⁷⁵ SANCHEZ MORON, M. (2015), *op. cit.*, p. 457.

⁵⁷⁶ STC 24/2001, de 29 de Enero FJ4; STC 252/2000, 30 Octubre FJ 2.

⁵⁷⁷ STC 257/1989, de 22 de Diciembre.

⁵⁷⁸ TACRC 13 Junio 2014 Rec. 445/2014 Resol. 459/2014 FJ 3; STS 3 febrero 2011 Rec. 4728/2007 FJ 2; STS 22 Mayo 2007 Rec. 6841/2003 FJ 4; STS 9 Marzo 2005 Rec. 504/2001FJ 1; STS 19 Mayo 2000 Rec. 4605/1994 FJ 4; STS 8 Febrero1999; STS 1 Octubre 1990; STC 60/1982; STC 62/1983, STC 143/1994 .

El Tribunal Supremo ha definido el interés legítimo como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato⁵⁷⁹, puntualizando que el beneficio que se pretenda obtener o perjuicio que se pretenda evitar puede ser de más variada naturaleza, aunque comenzó siendo económico evaluable económicamente, hoy se admite “la defensa de interés moral o vecindad o puramente de carreras profesionales”⁵⁸⁰.

El interés legítimo es, en definitiva, cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida que debe repercutir, para que exista, de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso⁵⁸¹. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el interés legítimo equivale a “titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejerce la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta”⁵⁸².

No hay por tanto intereses legítimos en abstracto sino en relación con un determinado asunto; si existe y es legítimo, la ley reconoce a sus titulares facultades de defensa, en concreto un derecho reaccional para la tutela de dicho interés ante la Administración, además de derechos instrumentales⁵⁸³.

2.2. La motivación de los actos que limiten derechos fundamentales.

La exigencia de motivar los actos que limiten derechos subjetivos queda patente desde el legislador de 1958, como ya hemos apuntado en líneas anteriores, y es por ello que nos encontramos pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional referidos al contenido de dicha motivación amparada no solo en el actual artículo 54 de la LRJPAC sino también en el derogado artículo 43 de la LPA, que nos

⁵⁷⁹ STS 1 Julio 1985 RJ 1985/3598 CD1.

⁵⁸⁰ STS 14 Octubre 2008 Rec. 2026/2006 FJ3; STS 18 Enero 2006 Rec.3660/2002 FJ 5; STS 9 Junio 2000 Rec.533/1994 FJ4; STS 11 Marzo 2000 Rec. 124/1999 FJ 2.

⁵⁸¹ STC 60/1982, de 11 de Octubre; STC 195/1992, de 16 de Noviembre; STC 143/1994, de 9 de Mayo.

⁵⁸² STC 60/1982, de 11 de Octubre; STC 62/1983, de 11 de Julio; STC 257/1988, de 22 de Diciembre; STC 97/1991, de 9 de Mayo.

⁵⁸³ Los derechos subjetivos típicos son títulos de poder que preexisten a un eventual conflicto y cuyo contenido se haya predeterminado, en cambio los derechos reaccionales no nacen sino en el momento y como consecuencia de la producción del acto ilegal y dañoso que es el que determina el contenido material.

recuerdan que en tales casos de limitación, la motivación se nutre de los mismos requisitos exigidos con carácter general que ya tuvimos ocasión de comentar en el capítulo anterior como la suficiencia y la congruencia. La jurisprudencia no dubita acerca de la congruencia que debe existir entre los hechos y fundamentos de derecho en el tratamiento de la motivación de los actos que limiten derechos o impongan cargas que deban soportar las personas físicas o jurídicas, exigiéndose en tales supuestos una motivación congruente “que establezca coherentemente la relación existente entre los fundamentos de la resolución y la limitación o carga que ésta imponga”⁵⁸⁴; al igual que tampoco lo hace en la exigencia inexcusable del estricto cumplimiento de la motivación, no permitiendo su dispensa cuando afecta o limita derechos públicos subjetivos tanto si la decisión administrativa procede de órganos unipersonales como de órganos colegiados de cualquier Administración Pública⁵⁸⁵.

Pese a tales referencias es oportuno precisar que las cualidades que en términos generales se predicán de la motivación de cualquier acto administrativo no siempre son extrapolables por igual a la motivación de todos los actos que limiten derechos subjetivos; así pues, la motivación exigida a los actos que limiten derechos fundamentales no puede equipararse en su totalidad a la motivación de los actos restrictivos de derechos subjetivos, requiriéndose para los primeros de cierto plus por la fuerza expansiva que se deriva de los mismos, no bastando la “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derechos”.

En los supuestos específicos que se lesiona un derecho fundamental, la motivación se formula, no ya en términos de una mera enunciación, sino en términos de exigencia de justificación expresa del acto que restringe el derecho fundamental, de ahí que haya que justificarse el contenido y enunciar el criterio de la decisión administrativa. El Tribunal Constitucional ha recalcado que en estos casos la motivación no es solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto restrictivo de derechos e insiste en la necesidad de motivarlos, como lo demuestra en declaraciones relativas a actos que limitan el ejercicio de las libertades sindicales o deniegan el derecho de reunión⁵⁸⁶.

Las decisiones administrativas restrictivas de derechos fundamentales deben contar con una motivación razonada, explícita y detallada de los criterios aplicados que

⁵⁸⁴ STS15 Febrero 2012 Rec. 3751/2009 FJ 2; STS 21 Enero 2008 Rec. 2685/2005 FJ 1; STS 30 Mayo 1997 Rec. 235/1993 FJ 3.

⁵⁸⁵ STS 9 Abril 2001 Rec. 1276/1995 FJ 2; STSJ (And) núm.596/2005, 23 Junio FJ 2.

⁵⁸⁶ STC 52/1995, 23 Febrero; STC 8/1992, 16 Enero; STC 26/1981, 17 Julio.

justifican la resolución acordada, lo que en un principio significa que dicha motivación ha de darse a conocer en el propio acto administrativo y, cuando se opte por una motivación "*in allunde*", esto es, mediante la referencia a otros documentos o actuaciones, será necesario que el propio acto identifique con la debida claridad ese otro documento o actuación donde se contiene la motivación, para que los afectados puedan conocer sin ningún género de dudas las razones y motivos que recoge la motivación y donde se encuentra. Todo ello dificulta que se admita como válida una escueta motivación, que sí se consideraría suficiente para fundamentar actos de contenido que no afecten a derechos o libertades fundamentales⁵⁸⁷.

De forma particular en relación a las resoluciones que establecen los servicios mínimos aplicables a una convocatoria de huelga el Tribunal Constitucional ha manifestado que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado, pues tal determinación puede comportar graves consecuencias como la restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Reivindica, en tales casos, "no solo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales" e insiste en sus declaraciones que sobre la autoridad gubernativa pesa "el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba"⁵⁸⁸.

Todo ello significa que en la motivación aportada por la autoridad gubernativa han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas, sin que sean suficientes "indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto", de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho, cómo se ha llegado a la determinación de las prestaciones mínimas dentro de la calificación del servicio como esencial. En definitiva, han de hacerse

⁵⁸⁷ STS 26 Diciembre 2012 Rec.27/2012 FJ 5; STS 28 Abril 1990 RJ 1990/4903 FD3.

⁵⁸⁸ STC 26/1981, de 17 Julio FJ 14; STC 53/1986, de 5 de Mayo; STC 8/1992, de 16 de Enero; STC 183/2006, de 19 Junio.

explícitos, siquiera sea sucintamente, "los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas"⁵⁸⁹.

Por otra parte, el Tribunal Supremo no ha dudado en adherirse a la doctrina constitucional reseñada sobre la motivación de los servicios mínimos en caso de huelga declarando que "la limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación"⁵⁹⁰.

De forma reiterada ha indicado que se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla una doble exigencia

"En primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y el -o los- que puedan ostentar los afectados por el paro laboral). Y en segundo lugar, que se precisen también los factores y criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados; esto es, cuáles son los hechos y estudios concretos que se han tenido en cuenta para determinar las actividades empresariales que deben continuar durante la situación de huelga y el preciso número de trabajadores que dichas actividades requieren para que queden garantizados esos otros intereses o derechos, tan relevantes como el derecho de huelga, cuya atención pretende garantizarse a través de los servicios mínimos"⁵⁹¹.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo coinciden de manera reiterada que la motivación que se exige a la autoridad competente para establecer los servicios mínimos que aseguren el mantenimiento de los que son esenciales para la comunidad no equivale a cualquier justificación que acompañe a la resolución que los fije o que pueda extraerse del expediente⁵⁹², sino que ha de contemplar las circunstancias específicas de la huelga de que se trate, justificando en relación con ella los concretos servicios que se

⁵⁸⁹ STC 27/1989, 3 Febrero FJ. 4 y 5.

⁵⁹⁰ STS 26 Diciembre 2012 Rec. 27/2012 FJ 5; STS 18 Abril 2012 Rec. 4476/2011 FJ 4; STS 25 Noviembre 2011 Rec. 2467/2010 FJ3; STS 19 Febrero 2007 Rec. 2739/2004 FJ 7.

⁵⁹¹ STS 3 Julio 2013 Rec. 5284/2011 FJ3; STS 12 Abril 2011 Rec. 4995/2008 FJ 4; STS 10 Noviembre 2010 Rec. 1886/2009 FJ 3; STS 8 Septiembre 2009 Rec. 5682/2006; STS 11 Mayo 2007 RJ 2007/5846 FJ 6; STS 19 Diciembre 2007 Rec. 7145/2002.

⁵⁹² STS 25 Mayo 2009 Rec. 3122/2007.

disponen⁵⁹³. La decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado siendo insuficientes a este propósito, como antes se ha recordado, las indicaciones genéricas que puedan predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone⁵⁹⁴.

Por otro lado, no solo debe entenderse que la exigencia de motivación ree sobre los actos que en su limitación afecten de modo directo a derechos fundamentales sino también a los que incidan de forma lateral en el contenido de alguno de ellos, como puede ocurrir en un traslado forzoso por incidir en la libertad de residencia o en una medida provisional de suspensión y empleo y sueldo si afecta al ejercicio de funciones sindicales, la cual debe encontrarse especialmente motivada en tales casos⁵⁹⁵.

En definitiva, la importancia que tiene la motivación por estar referida a la limitación de un derecho fundamental hace que no pueda equipararse a la que debe acompañar a cualquier acto administrativo y, por ello, que las exigencias dispuestas sobre ella por la jurisprudencia constitucional que han sido reseñadas deban ser observadas muy especialmente. La Administración al adoptar la medida restrictiva del derecho fundamental, ha de ponderar las concretas circunstancias que han concurrido y razonar en su resolución los motivos que justifican la resolución finalmente acordada, permitiendo una mayor y eficaz fiscalización de la proporcionalidad y razonabilidad de la restricción⁵⁹⁶.

2.3. La motivación de los actos que limiten intereses legítimos “razonablemente conocidos”.

Como hemos dejado reseñado al comienzo de la exposición de este primer supuesto de los exigidos legalmente de la correspondiente motivación, no solo el legislador apostó con la reforma de la LRJPAC de 1992 por ampliar la motivación a los actos que limitaran los intereses legítimos sino también la jurisprudencia que ha manifestado en diferentes pronunciamientos que la motivación se exige, junto a los

⁵⁹³ STS 13 Noviembre 2013 Rec. 4045/2010 FJ 3; STS 23 Mayo 2005 Rec. 1242/2002 FJ 5.

⁵⁹⁴ STS 19 Noviembre 2014 Rec. 2216/2013 FJ5; STS 1 Octubre 2014 Rec. 1560/2013 FJ 1.

⁵⁹⁵ STSJ (Galicia) núm. 368/2012 de 7 Marzo FJ 4; STSJ (Cataluña) núm. 377/2001 de 22 Marzo FJ 2.

⁵⁹⁶ STS 13 Noviembre 2013 Rec. 4045/2010 FJ 2.

actos que limiten derechos subjetivos, a “aquellos que limiten intereses legítimos o que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales”⁵⁹⁷. Así de manera específica en un supuesto relativo a la adjudicación de administración de lotería se manifiesta que “la Administración no debe actuar con criterios arbitrarios y habrá de justificar las razones que le inducen a otorgar las preferencias a uno de los locales frente a los ofrecidos por los restantes concursantes” y se establece, a su vez, que la motivación será más exigible en aquellos supuestos en que “estén implicados intereses legítimos de personas cuando resulten afectados por el acto”⁵⁹⁸.

Recordando la doctrina del Tribunal Constitucional que iguala el interés legítimo a la “titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta” y adoptada posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁹⁹, es obvio que los actos administrativos no limitan ni pueden limitar *a priori* intereses legítimos, pues tales intereses existen en un momento posterior, cuando el acto produce la consecuencia dañosa, por lo que no puede preverse anticipadamente por la Administración. Debido a ello, la única forma de interpretar la expresión de interés legítimo es considerarlo como “intereses legítimos razonablemente conocidos” por la Administración en el momento de dictar el acto⁶⁰⁰.

La presencia y el cumplimiento de una adecuada y suficiente motivación se exige de forma rigurosa en todos aquellos supuestos que limiten intereses legítimos para así evitar, entre otros, la arbitrariedad en las decisiones adoptadas, pues de lo contrario se conculcaría la seguridad jurídica garantizada por la Constitución. Los actos cuyo objeto versa en el otorgamiento de subvenciones son un claro ejemplo en los que el sujeto interesado tiene un interés legítimo en recibir la ayuda y ese interés merece una motivación justificada⁶⁰¹.

De igual manera tal exigencia queda reflejada en situaciones de hecho en la que el interés legítimo incide en el ámbito específico de la actividad profesional de un colectivo de funcionarios como el Cuerpo de Ayudantes Penitenciarios, que recurren una resolución del Director General de Instituciones Penitenciarias por considerar que

⁵⁹⁷ STS 18 Mayo 2012 Rec. 332/2010 FJ 2; STS 17 Febrero 2010 Rec. 2535/2008 FJ 2.

⁵⁹⁸ STS 11 Marzo 2002 Rec. 8453/1995 FJ 3; STS 8 Octubre 2001 Rec. 797/1995 FJ 2.

⁵⁹⁹ STS 27 Enero 1998 Rec. 206/1995 FJ4.

⁶⁰⁰ DORREGO DE CARLOS, A. y GUTIERREZ VICEN, C. (1993): *Administraciones públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)* Ciss Praxis, pp. 441-442.

⁶⁰¹ STSJ (Extremadura) núm.199 /2008, 24 Abril FJ 3 .

se limitan derechos subjetivos e intereses legítimos, como son los económicos derivados de la prestación del trabajo, y en cuya fundamentación del fallo se insiste en la motivación como requisito imprescindible en todo acto administrativo que limite un interés legítimo⁶⁰².

3. ACTOS QUE RESUELVEN PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO DE DISPOSICIONES O ACTOS ADMINISTRATIVOS, RECURSOS ADMINISTRATIVOS, RECLAMACIONES PREVIAS A LA VÍA JUDICIAL Y PROCEDIMIENTOS DE ARBITRAJE.

El legislador de 1992 aglutina como segundo de los supuestos necesitados de motivación, a aquellos actos relativos a los diferentes procedimientos de revisión de los actos administrativos, en los que se trata de volver sobre una actuación administrativa previa, no siendo suficiente con confirmar el acto por las mismas razones por las que fue dictado sino que habrá que expresar los motivos por lo que la Administración entiende procedente dicha confirmación o no.

El apartado en cuestión ha sufrido cierta modificación al ampliarse los supuestos de la redacción original del artículo 43 de la LPA 1958 que hacía referencia únicamente a los procedimientos de resolución de recursos. De la lectura del actual apartado b) del artículo 54 del LRJPAC se desprende que el legislador ha querido recoger una enumeración nominal de los procedimientos que tienen por objeto revisar un acto previamente dictado por la Administración, así además de reproducir lo establecido por el anterior legislador, actos que resuelven recursos, la motivación de los actos también es obligatoria para aquellos actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos y disposiciones administrativas, los actos que resuelvan reclamaciones previas a la vía judicial y actos que resuelvan procedimientos de arbitraje. Unos hacen referencia a procedimientos de control interno de los actos administrativos y otros a medios alternativos de resolución de conflictos, por lo que su tratamiento creemos conveniente efectuarlo por separado en su conexión con la motivación.

3.1. Procedimientos de control interno de los actos administrativos

En todos los supuestos enumerados en este segundo apartado, exceptuando los procedimientos de arbitraje, se hacen referencia a los diferentes cauces formales a través de los cuales la Administración puede revisar la conformidad a Derecho de sus propios

⁶⁰² STSJ (Mad) 18 Abril 2002 Rec. 1282/1998 FJ3 y 4.

actos y disposiciones, todos ellos de carácter provisional previo al que posteriormente pueden realizar los órganos jurisdiccionales.

Los sistemas de control interno a los que se alude son de una parte, la revisión de oficio, técnica de control que puede ejercer la Administración sobre sus disposiciones y actos nulos de pleno derecho; de otra, los recursos administrativos, control ordinario de carácter impugnatorio que se confía a los sujetos afectados por los actos y disposiciones y que constituyen un requisito previo al planteamiento del conflicto ante la jurisdicción contencioso administrativa, y, finalmente, las reclamaciones previas, requisito previo al planteamiento de un conflicto ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, en las materias confiadas a la competencia de éstos.

La motivación de todos estos actos es obligatoria aún en el caso que el acto que se revisa no necesitara motivación.

3.1.1. La motivación de los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos.

Nos encontramos ante supuestos en los cuales la Administración autora de un acto administrativo sustituye dicho acto por otro al encontrarse aquél inmerso en alguna causa de nulidad de las previstas en el artículo 62.1 LRJPAC. Las revisiones se aplican tanto a actos administrativos como a las disposiciones de carácter general y aunque quien inicia y resuelve es la Administración, en algún supuesto concreto, como la revisión de actos administrativo fundado en una causa de nulidad, la iniciativa la puede tener también el propio interesado.

El legislador recoge de manera expresa en el artículo 102.1 LRJPAC, los requisitos necesarios para proceder a la revisión de un acto administrativo por parte de la Administración, ya sea iniciado por la propia Administración o a solicitud del interesado: estar inmerso en alguna causa de nulidad y el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente, y nada más.

No hubiera estado de más dedicar un párrafo con referencia expresa a algún dato específico sobre la motivación de los actos que resuelven procedimientos de oficio de actos y disposiciones de forma general, pero creemos entiende el legislador que ya cumple con tal exigencia con lo previsto en el artículo 54 de la LRJPAC, al cual debemos remitirnos al aplicar el artículo 102 de la misma Ley.

Aunque no se recoge de forma explícita en dicho precepto la exigencia de motivar la decisión final administrativa que resuelve el procedimiento de revisión en cuestión, es curiosa la mención expresa en el párrafo tercero a dicha exigencia en el caso concreto del acto de inadmisión de las solicitudes formuladas por los interesados, sin proceder por ello a la revisión de oficio⁶⁰³. No se obvia el requisito de la motivación, y sí en cambio el del dictamen del órgano consultivo pertinente⁶⁰⁴, no estimando procedente la jurisprudencia, la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio del acto administrativo en aquellos casos en los cuales falte la motivación o aportándose no se considere adecuada a derecho⁶⁰⁵.

Aún así, nada concreto nos dice el legislador del tipo de motivación en los supuestos de inadmisión de la solicitud para proceder a la revisión de oficio del acto administrativo, de lo que se deduce que no existe ninguna limitación o restricción en cuanto a su forma, contenido o alcance de lo exigido hasta ahora con carácter general de la motivación. Prueba de ello lo observamos en pronunciamientos jurisdiccionales que apuestan incluso por la modalidad de motivación *in alliunde* para fundamentar la inadmisión a trámite de una solicitud de revisión de oficio de un acto administrativo

“...la inadmisión se acuerda por las razones expuestas en el informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, el cual se une a la propia resolución, precisamente, a efectos de la motivación legalmente exigida. Y ese informe razona la improcedencia de la revisión de oficio por no darse los requisitos que para la misma establece el artículo 102 de la Ley 30/1992, en particular, por no apreciarse la infracción del artículo 24 de la Constitución, alegada por el actor.

Así, pues media la motivación exigida por el citado artículo y en estas condiciones la sentencia no puede ser tachada de incongruente por no haber hecho una referencia expresa a este particular⁶⁰⁶,”

⁶⁰³ Art.102.3 LRJPAC: “El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales”

⁶⁰⁴ STS 23 Abril 2007 Rec. 2378/2002 FJ 3.

⁶⁰⁵ STS 8 Julio 2008 Rec. 5452/2005 FJ 2; STSJ (Murcia) núm. 99/2005, 24 Febrero FJ 2.

⁶⁰⁶ STS 21 Febrero 2011 Rec. 5922/2007 FJ 4.

El texto de la nueva Ley incorpora de manera expresa la necesidad de motivar los actos que declaren la inadmisión de procedimientos de revisión de oficio, tal como queda constatado en el apartado b) *in fine* del párrafo primero del artículo 35.

Por otro parte, estos supuestos se ven reforzados, además, con un plus de motivación pues en los procedimientos de revisión de oficio, ya sea de los actos administrativos, ya sea de las disposiciones administrativas generales es preceptivo, como hemos mencionado anteriormente, el requisito del dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y si se diera el caso que la Administración se apartara de ellos, está obligada a motivar tal decisión, a justificar tal apartamiento, ya sea para proceder a la revisión de oficio, ya sea para inadmitir la solicitud del interesado.

3.1.2. La motivación de los actos que resuelven recursos administrativos.

El procedimiento de resolución de recurso, como todo procedimiento administrativo, tiene una terminación que puede presentar diversas formas, las cuales se han incrementado con la aprobación de la LRJPAC y así junto a las tradicionales, como la resolución, el desistimiento, la renuncia y la caducidad, se han añadido la imposibilidad material de continuar el procedimiento y la terminación convencional, como recoge el legislador en el artículo 87 de la LRJPAC⁶⁰⁷.

En la enumeración de supuestos obligados a motivarse previstos en el artículo 54 de la LRJPAC la alusión que de manera muy escueta hace el legislador a los procedimientos de revisión a instancia de parte en el apartado b) - “actos que resuelvan recursos administrativos” - parece deducirse la referencia a la resolución como modo de terminación del procedimiento en vía de recurso. Aún así, al no especificarse nada más acerca de si la resolución que resuelva el recurso deba presentar alguna forma determinada y siendo la forma expresa la modalidad normal de resolución, no debemos excluir de la exigencia de motivación a otras formas que pueden adoptar tal resolución⁶⁰⁸.

Por otro lado, tampoco distingue el legislador si han de motivarse los actos que resuelven recursos aplicables a cualquier ámbito de la actividad de las Administraciones

⁶⁰⁷FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (coord.) (1990): “Los recursos administrativos”, en *Documentación Administrativa*, núm. 221; ESCUIN PALOP, V. (2011): *Los recursos administrativos*, Civitas.

⁶⁰⁸ESCUIN PALOP, V. (2011), *op. cit.*, p. 190, desarrolla las diferentes formas de resolución del recurso administrativo: inadmisión, expresa, por silencio e implícita.

Públicas, es decir, los recursos generales, o deben ser exclusivos de determinados sectores de las Administraciones Públicas, los conocidos recursos especiales. Al no producirse diferenciación alguna debemos entender que se refieren a ambos, afirmando entonces que la obligatoriedad de motivar recae por tanto para los actos que resuelven recursos generales como especiales.

Por todo ello, creemos conveniente deslindar ambas apreciaciones de la motivación, ya sea en relación con la forma que adopte la resolución que resuelve el recurso administrativo, ya se trate de resolver un recurso general o especial.

A) La obligatoriedad de motivar las resoluciones que de forma expresa estimen, desestimen o inadmitan el recurso.

A pesar de la frecuencia en la práctica de la desestimación por silencio administrativo por el mero transcurso del plazo para dictar y notificar la resolución, la modalidad normal en los procedimientos en vía de recurso, será la expresa. Dicha resolución contiene la decisión sobre todas las cuestiones planteadas en el procedimiento de impugnación, tanto de forma como de fondo, hayan sido o no alegadas por los interesados, estimando o desestimando el recurso y decidiendo si el acto impugnado es conforme o no al Ordenamiento⁶⁰⁹.

En todo caso, sea o no conforme, la resolución expresa del recurso debe ser necesariamente motivada, por exigencia del artículo 54.1.b) de la LRJPAC, examinándose de manera conjunta con las normas reguladoras de la materia. Este supuesto, herencia de la legislación anterior, supone que, aunque el objeto del recurso no se encuentre entre los que deben ser motivados, el acto que resuelve el recurso sí deberá contener la referencia a los hechos y fundamentos de derechos que motiven la resolución.

La jurisprudencia, en muchos de sus pronunciamientos, muestra interés en perfilar cómo ha de ser la motivación, no admitiendo como adecuada una motivación sucinta, en estos casos de resolución de recursos, considerando que “la mera referencia no es suficiente para cubrir el deber de motivar el acto que resuelve el recurso administrativo”⁶¹⁰. Hay unanimidad en considerarla como exigencia “ineludible”⁶¹¹.

No solo debemos limitarnos a la estimación o desestimación del recurso como

⁶⁰⁹ Art.113. Párrafo 1 y 3 LRJPAC.

⁶¹⁰ STSJ (Islas Baleares) núm.679/1993, 17 de Diciembre FJ 2.

⁶¹¹ STS 11 Marzo 2002 Rec. 8453/1995 FJ3; STS 24 Diciembre 2001 Rec. 4403/1995 FJ 2; STS 27 Enero 2000 Rec. 3710/1992 FJ 2.

contenido de la resolución que resuelve el recurso y a su motivación, sino también reconsiderar como resolución expresa a la declaración de inadmisión del recurso, que la ley autoriza en aquellos supuestos de “solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento”⁶¹². Ambas causas de inadmisión suponen prejuzgar el fondo del asunto y en consecuencia la resolución que declare la inadmisión es una decisión sobre el fondo, por lo que la determinación de que “el derecho no estaba previsto en el ordenamiento o de que la petición carece de fundamento” requieren la formulación del juicio correspondiente y que debe reflejarse en la motivación de la decisión que se adopte declarando inadmisibile la petición.

La realidad que se presenta ante esta situación es la ausencia de norma expresa que avale la exigencia formal de la motivación en el supuesto concreto de la declaración de inadmisibilidat del recurso, por lo que concordar el artículo 54 con el artículo 89.4 parece que es la solución a primera vista, aunque no sea respaldada esta justificación de forma unánime por la doctrina. Para algunos autores, como CIERCO SEIRA⁶¹³, la inadmisión debiera motivarse al estar incluida en el apartado a) del artículo 54 de la LRJPAC al considerarla como un acto que limita derechos subjetivos e intereses legítimos pero, en cambio, para otros, como ESCUIN PALOP⁶¹⁴, tal justificación es discutible dado que el presupuesto de la inadmisión es que la pretensión carece de apoyo legal o manifiestamente de fundamento apostando por el apartado b) del artículo que la exige para todos los actos que resuelvan recursos administrativos.

Esta carencia de previsión legal acerca de la motivación no ocurre en cambio en los supuestos de revisión de oficio, como hemos observado en el anterior apartado, y en el del recurso extraordinario de revisión que exigen la motivación expresa de la declaración de inadmisión, siendo el legislador consciente de los efectos traumáticos de la inadmisión y de la importancia de dar a conocer las razones de no dar a trámite a la solicitud⁶¹⁵.

La justificación de la previsión legal de tal exigencia en los procedimientos de recurso extraordinario de revisión puede encontrarse en el carácter excepcional del recurso, pero aún así no hubiera estado de más haber previsto en términos generales,

⁶¹² Art.89.4 LRJPAC.

⁶¹³ CIERCO SEIRA, C. (2009): *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, pp. 243- 244.

⁶¹⁴ ESCUIN PALOP, V. (2011), *op. cit.*, p. 192.

⁶¹⁵ Art.102.3 y 119.1, ambos de la LRJPAC.

para evitar piruetas interpretativas, la referencia expresa a la motivación de la resolución del recurso tanto que estime, desestime o declare su inadmisión.

Este asunto queda zanjado con la nueva Ley al añadirse en el apartado b) del artículo 35 que también será necesaria la motivación, junto a los actos que resuelvan recursos administrativos, “los que declaren su inadmisión”.

B) La obligatoriedad de motivar los actos que resuelvan recursos generales y especiales.

Nuestro ordenamiento acopia una trilogía de recursos generales como el de alzada, el potestativo de reposición y el extraordinario de revisión, a los que no excluye de la exigencia de motivación aplicándoles por igual el régimen jurídico previsto en la ley mediante el cual las resoluciones de tales recursos deben ser motivadas, tal como dicta el artículo 54 en su apartado b del párrafo primero de la LRJPAC. El legislador no señala nada concreto en los respectivos preceptos que de forma particular regulan tanto el recurso de alzada como el potestativo de reposición sobre cómo ha de ser la motivación del acto que resuelve el recurso pertinente, excusándose con lo previsto en el artículo 54 en términos generales al que nos invita de forma implícita aplicándose por tanto el régimen jurídico general de la motivación en cuanto a su alcance, contenido y articulación.

Pese a ello, la situación difiere en el supuesto extraordinario de revisión al contemplarse una mención expresa de la motivación en un aspecto concreto del contenido de la resolución. La resolución de este recurso extraordinario, como del resto de los recursos administrativos, puede consistir tanto en la estimación como en la desestimación del mismo pero a veces puede consistir en declarar inadmisibile el recurso cuando el mismo “no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales” y es en este caso, en supuestos de inadmisibilidad a trámite del recurso, cuando el legislador, a pesar de eximir a la resolución del dictamen preceptivo y no vinculante del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, exige de forma expresa la motivación al indicar que “El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del

Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma ..”⁶¹⁶.

De otra parte, junto a los recursos generales, también están los recursos administrativos especiales, aplicables exclusivamente a determinados sectores o ámbitos de la actividad de las Administraciones Públicas, sobre los cuales debemos cuestionarnos si sobre ellos recae también la obligación de motivar sus decisiones finales.

Como primera justificación para admitir la motivación en tales supuestos, nos bastaría con acudir al propio artículo 54, el cual se refiere al término genérico “recursos”, sin distinguir entre generales y especiales, dando cabida a ambos.

Demás justificaciones la podemos encontrar en la dispersa legislación sectorial aprobada cuando se apuesta por reflejar de manera expresa la exigencia de motivar evitando realizar la labor de remisión al artículo 54 LRJPAC, como ocurre en el ámbito de contratos del sector público.

El texto refundido de la ley de contratos del sector público, adaptado a las prescripciones previstas en la normativa comunitaria⁶¹⁷, reconfigura el recurso especial en materia de contratación, ya previsto en la LCSP de 2007, que sustituye a los recursos administrativos ordinarios de alzada y reposición⁶¹⁸. Dicho recurso se sustancia ante un órgano *ad hoc*, que en el caso de la Administración general del Estado se denomina Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en cada Comunidad

⁶¹⁶ Art.119 LRJPAC. La redacción es similar a la empleada en el supuesto de inadmisión de solicitudes del interesado para procedimientos de revisión de oficio de actos nulos.

⁶¹⁷ Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

⁶¹⁸ BERNAL BLAY, M. A. (2012): “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011” en *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, pp. 328-331; DIEZ SASTRE, S. (2011): “El recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, pp. 127-162; GALLEGO CORCOLES, I. (2011): “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación”, *Contratación administrativa práctica*, núm.113, p. 32-37; GIMENO FELIÚ, J. M. (2011): “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, pp. 211-258; MENENDEZ SEBASTINA, E. (2012): “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”, *RAP* núm. 188; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2008): “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE” en GIMENO FELIÚ J. M. (Ed.). *El Derecho de los contratos públicos*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía núm. X, pp. 295-334; PALOMAR OLMEDA, A. (2011): “El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 105, p. 41-65 ; RAZQUIN, J. A. (2010): “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25.

Autónoma el que establezcan sus normas propias cuya función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales⁶¹⁹.

El legislador sectorial no escatima en términos señalando de forma expresa la exigencia de justificar la decisión adoptada, ya se estime, desestime o inadmita el recurso tal como se predica del párrafo segundo del artículo 47 que dicta que “la resolución estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado”

Finalmente, es conveniente apuntar que aunque en términos generales el contenido de la motivación de los actos que resuelven los recursos se atiene a aportar los fundamentos y razones en virtud de las cuales se estima o deniega, o como ya hemos visto, inadmita el recurso, en ocasiones no es así, pues la causa de interposición del recurso se debe a la falta de motivación del acto administrativo impugnado y se aprovecha el momento de justificar la resolución del recurso a través de la motivación para paliar tal omisión del acto impugnado, procediéndose así a una motivación *ex post* del primer acto, que trataremos en el capítulo siguiente⁶²⁰.

3.1.3. La motivación de los actos que resuelvan reclamaciones administrativas previas a la vía judicial.

Aún cuando en relaciones de Derecho privado que entabla la propia Administración Pública parece que pueda perder las prerrogativas que disfrutan en las relaciones de Derecho público, los órganos administrativos correspondientes disfrutan de ciertos privilegios que traen causa de la vocación de servicio a la satisfacción del

⁶¹⁹ GIMENO FELIÚ, J. M. (2013): “Los Tribunales Administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva” en *Revista catalana de dret públic*, núm.47, pp. 87-102; TORNOS MAS, J. (2011): “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público” en *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum, Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley.

⁶²⁰ STSJ (Murcia) núm. 369/2007, 27 Abril FJ1: El Juzgado de instancia estima el recurso contencioso administrativo formulado contra desestimación por silencio del recurso de reposición presentado frente a la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 29-04-2005, que inadmite al recurrente la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajo solicitada al amparo del proceso de normalización previsto en la disposición transitoria 3ª del R.D. 2393/2004, por carecer la solicitud manifiestamente de fundamento y ser el empadronamiento incorrecto. La sentencia de instancia analiza la alegación de falta de motivación y señala que, aunque con la solicitud inicial la falta de documentación acreditativa del empadronamiento anterior a 8 de agosto de 2004 justificaba la resolución dictada, en el recurso de reposición se aportó certificado de empadronamiento por omisión. Concluye que en la resolución de recurso de reposición debió haber valorado ese documento y, al no hacerse, por no resolverse expresamente, se ha producido la falta de motivación que justifica la anulación de la resolución administrativa.

interés general que ostentan y así, antes de demandar a cualquiera de las Administraciones ante las Jurisdiccionales Civil o Social, quienes pretendan ejercer las acciones correspondientes deben reclamar previamente ante la misma.

Las reclamaciones administrativas son un requisito previo para el ejercicio de acciones fundadas en Derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, que no adquieren la naturaleza jurídica de recursos administrativos, pues mediante estas reclamaciones no se impugna necesariamente una decisión previa y, en el supuesto que se pretenda la anulación o sustitución de alguna, no se trata de una decisión sometida a Derecho Administrativo⁶²¹.

Las resoluciones que resuelven las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral han de ser motivadas no bastando con una simple y escueta motivación para dar por cumplido el trámite sino que en ella deben recogerse los fundamentos y razones en los que se apoya la resolución como se desprende de una reclamación interpuesta ante el acto que extingue un contrato laboral de la Administración Pública

“....sí que es claro que se dictó una resolución carente de cobijo legal y de adecuada motivación. Y si bien esta última sólo sea exigible en ciertos supuestos, es claro que entre ellos encaja el debatido artículo 54 b) de la citada Ley 30/1992, al estar resolviendo una reclamación previa a la vía judicial, sin motivación normativa alguna, exigible siempre, y más cuando la misma se aparta claramente de la legalidad aplicable, en beneficio de un particular, y por tanto, en contra del interés público que está llamada a defender. Pues no puede tomarse por tal motivación el escueto contenido del Decreto de 26-9-1996 debatido, en el que en absoluto se alude a cuál sea el fundamento que conduce a entender como existente la modificación sustancial, o la no alegación defensiva de la caducidad de la reclamación, o de no haberla previamente impugnado, y especialmente, cuál pudiera ser la justificación del abono de una cuantía indemnizatoria, coincidente con la solicitada en el escrito de reclamación previa a la jurisdicción laboral, que resulta ser muy sustancialmente superior a la legal⁶²²”.

⁶²¹ MESENGUER YEBRA, J. (2000): *Las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil y laboral*, Bosch, Barcelona; GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2011): *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Civitas, Navarra.

⁶²² STSJ (Castilla La Mancha) núm. 767/1999, 8 Junio FJ 4.

Al no pronunciarse el legislador por una modalidad concreta de motivación, la exigencia de ésta quedara cumplida para estos concretos supuestos de resolución de reclamaciones administrativas tanto en la modalidad de motivación textual como a por remisión a informes.

“En el siguiente motivo de recurso se denuncia la infracción de los artículos 54.1.a) alegando ahora la nulidad por falta de motivación de la resolución por la que la entidad gestora desestima la reclamación previa interpuesta contra la resolución que impone el recargo.

Por ello en este caso tampoco puede apreciarse que incida en vicio de nulidad la resolución que se ataca en el motivo ya que, aun escueta, debe entenderse que cumple los requisitos mínimos para que surta sus efectos, cuando en ella la entidad gestora se remite a las razones que se exponen en la resolución en la que se impuso en recargo, en la que se exponen con suficiencia los hechos y los fundamentos en que se basa y, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000, citada por la recurrente, el requisito de la motivación debe entenderse cumplido mediante la remisión a informes, dictámenes o memorias y, con mayor razón, a otras resoluciones adoptadas en el mismo expediente, que la resolución que contesta a la reclamación previa se refiriera a alegaciones previas a la que impone el recargo no supone la nulidad aunque tales alegaciones no se hubieran hecho, pues ello no significa que no puedan entenderse contestadas todas las efectuadas en la reclamación previa, al menos las referidas a la existencia del responsabilidad de la empresa en el accidente y la procedencia del recargo, lo cual, se repite, está suficientemente razonado en la resolución que lo impuso.

Únicamente se echa en falta en la resolución la referencia a la alegación relativa a la nulidad y suspensión del procedimiento, pero no se ve la indefensión que ello haya podido suponer a la recurrente, en cuanto con ello no se impide, como exige la aludida sentencia del Tribunal Supremo, su adecuada defensa ante los órganos jurisdiccionales ni que éstos puedan conocer y resolver ahora su reclamación⁶²³”.

En otro orden de consideraciones, es llamativa como la exigencia de motivación

⁶²³ STSJ (Extremadura) núm. 84/2004, 12 Febrero FJ 3.

de los actos que resuelvan reclamaciones administrativas no ha sido renovada en la nueva Ley del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, quedando suprimida del nuevo artículo 35.

3.2. Medios alternativos de resolución de conflictos: la escasa incidencia de la motivación.

La preferencia por la búsqueda de acuerdos y compromisos entre la Administración y los agentes sociales en sustitución de decisiones imperativas, por un lado, y la situación de saturación a la que han llegado los medios tradicionales de resolución de conflictos, en especial el judicial, por otro, han dado lugar a que se utilicen otros instrumentos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Administrativo, no como una alternativa global a los procedimientos de recurso sino como una opción complementaria. Estos otros medios de resolución de conflictos jurídicos surgidos en las relaciones jurídicas entre una Administración Pública en el ejercicio de sus funciones administrativas y las personas afectadas por este ejercicio y diferentes a los tradicionales, como los recursos, son contemplados por la legislación actual y reciben la denominación de conciliación, la mediación y el arbitraje⁶²⁴.

La LRJPAC prevé en el párrafo segundo del artículo 107 la posibilidad de sustituir el recurso administrativo contra un acto o decisión administrativa por uno de estos procedimientos de fiscalización de la actividad administrativa, ya se trate de la mediación, conciliación o arbitraje, como concretos instrumentos de impugnación o reclamación.

De estos procedimientos, el legislador solo exige de forma expresa el deber de motivar a los actos que resuelvan los procedimientos de arbitraje calificado como arbitraje impropio o atípico que no debe confundirse con el arbitraje en sentido estricto⁶²⁵, al tratarse de un específico procedimiento de impugnación en vía

⁶²⁴ Ante la posibilidad de utilizar tales medios debemos precisar y distinguir que se puede hacer uso de ellos en distintos momentos, así antes de la adopción de la decisión administrativa y después de adoptarla. El primer caso la utilización de tales medios es como forma de composición de intereses, la Administración y los interesados pueden en ocasiones acordar el contenido de la resolución, haciendo uso de los medios como forma de composición de intereses y en el segundo caso el medio empleado es utilizado como forma de resolución de un conflicto que surge con posterioridad y a raíz de una decisión ya adoptada, como ocurre en el recurso administrativo contra una decisión o acto ya dictado se sustituye por un procedimiento de mediación, conciliación o arbitraje.

⁶²⁵ GRANADO HIJELMO, I. (2005): “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación,” *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, pp. 39-56, fundamenta tal diferenciación en base a dos razones: de una parte, porque, en el arbitraje del art.107.2 LRJPAC, entiende que no se trata tanto de “ejercitar una potestad arbitral de las que las leyes previstas en el precepto invistan a la Administración, sino de ejercitar una potestad de revisión de actos administrativos en vía de recurso por

administrativa sustitutivo del recurso administrativo, en el que quiebran ciertas notas características de la técnica arbitral: la exclusión del control judicial de la resolución arbitral y su sumisión voluntaria.

Este “pseudo arbitraje o cuasiarbitraje” que pueden prever leyes sectoriales estatales o autonómicas ocupa en el Ordenamiento jurídico el mismo papel que los recursos de alzada o de reposición a los que viene a sustituir, tratándose de “un mecanismo de composición preprocesal cuya finalidad es tratar de resolver el conflicto y evitar que sea necesario recurrir al proceso”⁶²⁶ y sobre el cual el legislador ha proyectado la exigencia de motivación, a expensas de los otros dos medios existentes, la mediación y la conciliación.

Reflexionar acerca de las razones que condujeron al legislador a esta omisión aludida nos conduce a observar que con tal operación normativa iguala el arbitraje, como medio heterocompositivo, a los medios de revisión del acto administrativo de control interno, apartando por tanto los autocompositivos del deber de motivar⁶²⁷.

Los medios alternativos se pueden hacer uso de ellos en diferentes momentos, así antes de la adopción de la decisión administrativa y después de adoptarla. En el primer caso la Administración y los interesados acuerdan el contenido de la resolución haciendo uso de los medios como forma de composición de intereses y en el segundo caso el medio empleado es utilizado como forma de resolución de un conflicto que surge con posterioridad y a raíz de una decisión ya adoptada, como ocurre en el recurso administrativo contra una decisión o acto ya dictado.

unos cauces alternativos al mismo en la forma en que los habiliten las leyes que el precepto prevé” y de otra parte, porque, a criterio del autor, el arbitraje del art. 107.2 LRJPAC puede ser configurado por las leyes que lo instauren como obligatorio y sustitutivo de la Jurisdicción contencioso administrativa y en ese sentido, aunque sería bastante parecido al arbitraje privado, “hay que entender que las leyes que instaurasen ambos caracteres-obligatoriedad y sustituibilidad-sólo serían conformes a la Constitución si configuran dichos caracteres como iniciales o provisionales, no como definitivos”.

⁶²⁶ BUSTILLO BOLADO, R. O. (2010): *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ª edición, Aranzadi, p. 475.

⁶²⁷ Cuestión distinta es la actividad administrativa arbitral de la Administración y la actividad de la Administración como árbitro en el arbitraje de Derecho Privado. Sobre la primera ved PARADA VAZQUEZ, R. (2010): “La actividad administrativa arbitral” en *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, 20ª ed., p. 427 y ss. y sobre la segunda ved GARCIA PEREZ, M. (2011): *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, pp.133-153 en el que de manera pormenorizada la autora recoge la actividad arbitral de los organismos reguladores como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Comité de Regulación ferroviaria, a los que se les reconoce un papel relevante en la resolución de conflictos que puedan surgir en la realización de actividad económica que les corresponda regular, unas veces entre los propios operadores del sistema, otras veces entre ellos y los consumidores finales (art.10 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía Sostenible). Vid, también ESCARTIN ESCUDE, V. M. (2012): “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, p. 101-164.

El hecho que en procedimientos de mediación y conciliación no finalice la Administración con una decisión formalmente impuesta sino a raíz de lo acordado entre las partes, parece que sea la razón por la cual el legislador las excluya del deber de motivarlas, pues son decisiones no unilaterales, sino que priman la voluntariedad, el consenso y la asunción de voluntades. Aún así acorde con la transparencia administrativa y seguridad jurídica, no esta de más que se recojan las razones que condujeron a adoptar una decisión administrativa u otra, ya sea a raíz de un procedimiento de resolución de recursos, ya sea de forma previa mediante los procedimientos de mediación y conciliación.

Finalmente, no esta de más reseñar que a pesar de lo previsto en la Disposición Adicional segunda de la LRJPAC al ofrecer un plazo para regular las técnicas sustitutivas reflejadas en el artículo 107.2 sin la transcendencia deseada, no será impedimento para encontrar breves referencias a mecanismos de resolución arbitral de conflictos al amparo de la habilitación de tal precepto en ámbitos concretos, en los que curiosamente no se hace alusión específica a la motivación, como se refleja en lo relativo al control del dopaje deportivo y en asuntos de fijación de precios en los contratos de obra de la Administración del Reino de Navarra⁶²⁸.

4. ACTOS QUE SE SEPARAN DEL CRITERIO SEGUIDO EN ACTUACIONES PRECEDENTES O DEL DICTAMEN DE ÓRGANOS CONSULTIVOS.

El legislador de 1992 reproduce en sus mismos términos, el apartado c) del derogado artículo 43 de la LPA de 1958, y vuelve a hacer uso de la técnica de agrupar varios supuestos en uno. Son dos, en este caso, los supuestos de actos administrativos objeto de la obligada motivación: el acto que se separa del criterio seguido en actuaciones precedentes y el acto que se separa del dictamen de órganos consultivos. En ambos la exigencia de motivación se escuda en la misma razón: se debe justificar la causa por la que la Administración resuelve de manera diferente a la que se esperaría; en un caso, en el mismo sentido que en supuestos anteriores iguales y otro en el sentido que recomienden los órganos consultivos.

⁶²⁸ GARCIA PEREZ, M. (2011), *op. cit.*, pp. 121-127. La autora en el estudio detallado que realiza sobre Arbitraje y Derecho Administrativo nos ofrece dos ejemplos de desarrollo del artículo 107.2 LRJPAC, uno en referencia al control del dopaje deportivo y otro en asuntos de fijación de precios en los contratos de obra de la Administración del Reino de Navarra.

4.1. La motivación de actos que se separen del criterio de actuaciones precedentes.

La costumbre no se circunscribe, dentro de las fuentes del derecho administrativo, a cualquier práctica o uso, sino que tiene que tratarse de una regla nacida fuera de la organización del Estado siendo las fuerzas sociales exteriores del mismo las que la crean. Ello trae consigo que la repetición de conductas dentro de la organización del Estado, aunque tengan relevancia jurídica y sean capaces de generar verdaderas reglas de Derecho, no sean técnicamente costumbres sino fenómenos jurídicos diferentes, como prácticas, costumbres y usos internacionales, entre otros.

El precedente administrativo es uno de esos fenómenos jurídicos entendido como la reiteración por parte de la Administración en la aplicación de un determinado criterio para supuestos sustancialmente idénticos, cuyo valor normativo ha sido y es una cuestión debatida por la doctrina de la que la generalidad de ella coincide en reconocer al precedente fuerza vinculante, siempre que se dé una identidad subjetiva y objetiva sustancial entre los supuestos comparados⁶²⁹.

El cuestionarnos acerca de si la adopción de un criterio por la Administración en un supuesto concreto vincula a ésta a resolver los casos semejantes que de manera posterior se susciten con arreglo al mismo criterio o bien si se puede apartar del mismo, no es objeto a tratar en nuestro estudio; por ello, independientemente de que se reconozca o no valor normativo al precedente y que la decisión tomada tenga un carácter vinculante o no hacia la Administración, la realidad jurídica de la que partimos es que la Administración puede apartarse de decisiones anteriormente adoptadas y no queda permanentemente vinculada al precedente; pues, por un lado no cabe ampararse en el

⁶²⁹MUÑOZ MACHADO,S.(2015) *op. cit.*, pp. 90-91; entiende el precedente administrativo como una manifestación de la costumbre en el Derecho Administrativo e insiste, por un lado, en su carácter normativo equiparando sus efectos a los de las normas así su decisión para casos concretos se objetiviza y se proyecta con carácter general a todas las situaciones idénticas, cobrando el precedente vocación de continuidad y permanencia y, por otro, en el valor vinculante de las decisiones adoptadas, en virtud de la aplicación de principios como el de la buena fe, interdicción de la arbitrariedad y el de igualdad de los ciudadanos ante la ley, los cuales impiden que los ciudadanos sean sorprendidos por cambios de criterios injustificados o no razonados o sean tratados de modo desigual adoptándose resoluciones distintas a las acordadas para otros ciudadanos en casos iguales.vol II

Otro sector doctrinal, BOQUERA OLIVER, PARADA VAZQUEZ, considera que al tratarse de usos o reglas que emanan del comportamiento de la Administración no exigiéndoseles una reiteración o antigüedad en sus comportamientos, no constituyen normas de Derecho y por tanto no vinculan, en principio, a la Administración. SANCHEZ MORON, M (2015) *op.cit.*, pp. 135-136, expone que el precedente administrativo no tiene valor normativo por sí mismo porque si lo tuviera la simple rutina administrativa podría consolidarse como norma impidiendo o dificultando las variaciones de criterio que muchas veces son necesarias para adaptarse a las circunstancias cambiantes”. Para éste autor la Administración puede separarse de su precedente sin que ello suponga infringir una norma jurídica, no entendiéndose esto como que el precedente administrativo carece de todo valor jurídico.

mismo para reiterar una situación de ilegalidad o una actuación deficiente de la Administración frente a restauración de la legalidad y, por otro lado, el ordenamiento consiente el cambio de criterio ante la necesidad de incorporar o realizar una nueva valoración de los intereses públicos en juego.

Es el propio legislador quién habilita de forma expresa y con carácter general a la Administración la posibilidad de cambiar sus decisiones en relación con el criterio seguido en actuaciones anteriores, estando tal habilitación sujeta a una serie de límites de carácter formal y material.

El precedente despliega cierto valor vinculante para la Administración al estar sujeta, como límite material, a una serie de principios generales del Derecho -seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, igualdad en aplicación de la ley y objetividad de la actuación administrativa-, y estar obligada, como límite formal, a motivar las resoluciones que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes. A ello se refiere el artículo 54.1.c) LRJPAC cuando señala la obligación de motivar los actos administrativos “que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes”.

Por todo lo cual, sin enjuiciar si la Administración se encuentra vinculada por su precedente, ahondaremos en la motivación como requisito formal que el artículo 54 de la LRJPAC le impone a la Administración si se aparta del precedente.

La Administración puede apartarse del precedente cuando concurre un factor de interés público que aconseje adoptar un criterio diverso, y ello le obliga a motivar su decisión, a exponer en el texto de su resolución los motivos de interés público que imponen el cambio de criterio. La motivación actúa como límite formal de aquellas decisiones adoptadas por la Administración que supongan un cambio del criterio en actuaciones precedentes sobre asuntos de la misma características siendo unánime la doctrina y jurisprudencia en manifestar de forma clara la obligación que le incumbe a la Administración: “el exponer las razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de criterio operado”⁶³⁰.

Con esta exigencia se introduce el efecto del principio de transparencia, según el cual la Administración debe explicitar su forma de actuación y de este modo el cambio

⁶³⁰ STS 17 Enero 2012 Rec. 2915/2009 FJ 4; STSJ (Aragón) núm. 1181/2002, 26 Diciembre FJ 2; STSJ (La Rioja) 122/2002, 20 Marzo FJ 4; STS 14 Noviembre 2000 Rec. 3564/1996 FJ 8; STS 5 Noviembre 1999 Rec.6034/1995 FJ 4; STSJ (Asturias) núm. 224/1999, 4 Marzo FJ 5; STS 12 Julio 1996 Rec. 3351/1992 FJ 2; STS 19 Enero 1996 Rec. 954/1992 FD 3.

interpretativo o de actuación debe ser razonado en función de la mejor satisfacción de los intereses públicos en presencia⁶³¹.

La virtualidad de la motivación y los principios como límites se produce siempre que los actos anteriores de la Administración sean conformes a Derecho, no hallándose, por tanto, la Administración vinculada por precedentes ilegales⁶³².

La motivación constituye la base del cambio de interpretación de la norma o criterio efectuado por la Administración que permitirá al interesado conocer las razones y motivos en que se basa dicho cambio y defenderse si lo estima necesario, y, a su vez, también permitirá a los órganos jurisdiccionales que tendrán los datos que les permitirán resolver sobre la materia ejercitando las facultades de control de los actos administrativos que, aun cuando sean de carácter discrecional, resultan del ordenamiento jurídico⁶³³. La motivación debe sustentar el cambio de criterio justificando los criterios de racionalidad en los que dicho cambio se apoya, aunque sean de forma mínima, pues la ausencia de estos criterios son causa directa para entender nula la decisión administrativa⁶³⁴.

En los casos que exista alguna razón debidamente justificada que lo aconseje, el apartarse del criterio seguido en actuaciones precedentes por parte de la Administración, no bastará con una simple motivación, sino que ha de ser convincente, con “una justificación objetiva y razonable”⁶³⁵, no bastando “las meras suposiciones para denegar un derecho que la propia Administración ha reconocido anteriormente en la misma situación”⁶³⁶.

Con todo ello, hemos de puntualizar la diferenciación existente entre la motivación de la resolución de la justificación de cambio de criterio en relación con otra precedente, pues no siempre van parejas, y que de ser así ocasionarían un desequilibrio que repercute en la validez de la decisión administrativa. En ciertas ocasiones tal diferenciación es recordada por la jurisprudencia para argumentar la declaración de nulidad del acto final decisorio que se aparta de un precedente por la falta de motivación ratificando la importancia de la justificación del cambio de criterio; así en un supuesto

⁶³¹ ORTEGA, L. (2005): Diccionario Jurídico de Derecho Administrativo. Vol II Voz “Precedente administrativo”, p. 1916.

⁶³² STS 30 Marzo 1998; STS 17 Diciembre 1985; STS 27 Febrero 1975; STC 62/1987 20 de Mayo; STC 175/1987 de 4 de Noviembre.

⁶³³ STS 14 Noviembre 2000 Rec. 3564/1996 FJ 8; STS 5 Noviembre 1999 Rec. 6034/1995 FJ 4; STS 15 Julio 1996 Rec. 206/1992 FJ 2.

⁶³⁴ STSJ (Valencia) núm. 719/2014, 23 Septiembre FJ 4.

⁶³⁵ STS 5 Julio 1990 RJ 1990/5970 FJ 3; STS 23 Octubre 1989 RJ 1989/6992 FJ 7.

⁶³⁶ STSJ (Murcia) núm. 646/1998, 11 Noviembre FJ 2.

concreto de suministro de energía

“La resolución recurrida en alzada sí toma en consideración esas actuaciones objetivas precedentes supuestamente idénticas, y si termina justificando la decisión que encierra, en cambio no justifica el cambio de criterio, cuestión esta que la sentencia apelada no parece examinar, al considerar sin más la fundamentación de la resolución impugnada, sin tomar por tanto en consideración la vulneración del precedente administrativo y sin apreciar que la motivación de la resolución impugnada es una cuestión distinta de la justificación de cambio de criterio en relación con otra precedente”⁶³⁷.

Por otra parte, y en relación con la cuestión que se debate, no encontramos tanta unanimidad por parte de la jurisprudencia en lo referente a la motivación del cambio de criterio dependiendo si la decisión adoptada por la Administración ha sido como consecuencia del ejercicio de una potestad reglada o discrecional, avalándose en algunos pronunciamientos la idea de la obligatoriedad de la motivación del acto administrativo que se aparte del criterio anterior si el acto es discrecional, no exigiéndose por tanto en los supuestos de actos reglados⁶³⁸.

De manera muy clara se expresa el Tribunal Supremo cuando manifiesta que aunque el acto administrativo se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes “no sería preciso una motivación para justificar tal apartamiento, pues ello solo es necesario cuando se trate de actos discrecionales, ya que los reglados han de someterse en todo caso a las normas que habiliten su producción. Dentro de la actividad reglada de la Administración no entra en juego el precedente administrativo, cuyo campo de acción está limitado a la actividad discrecional...”⁶³⁹.

La exteriorización por escrito de la causa del acto, especificando las razones que motivan el apartamiento del mismo respecto del criterio seguido en casos anteriores solo resulta necesaria en el ejercicio de potestades discrecionales que no se deben confundir con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de potestades regladas, en las que no entra en juego el precedente administrativo. Si la Administración dicta en el ejercicio de potestades regladas actos contrarios al ordenamiento jurídico, los

⁶³⁷ STSJ (Galicia) num.1879/2006, 14 Diciembre FJ 4

⁶³⁸ STS 26 de Mayo 1997 Rec. 3572/1992 FJ 2 .

⁶³⁹ STS 26 Octubre 1995 Rec. 290/1995 FJ 9.

mismos no la vinculan para seguir produciendo actos ilegales, ni los administrados pueden invocar a tal fin el artículo 14 de la Constitución, ya que solo cabe la igualdad dentro de la legalidad.

En idéntico sentido y en relación a la falta de vinculación del precedente administrativo en el ejercicio de potestades regladas, en concreto en materia de farmacia, nos encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que no entienden la falta de justificación del cambio de criterio como falta de motivación que propicie la anulación de la decisión administrativa finalmente adoptada⁶⁴⁰

“La exigencia de que dichas resoluciones deban expresar además un supuesto cambio de criterio respecto a casos anteriores carece de todo fundamento, por no ser la concesión de apertura de farmacias por el supuesto de núcleo de población manifestación de una potestad discrecional de la Administración corporativa o sanitaria. El núcleo de población a que se refiere el artículo 3.1, b) del Real Decreto 909/1978 es un concepto jurídico indeterminado que, en cuanto tal, no otorga a la Administración la libertad de estimación -característica de las potestades discrecionales- de conceder o no conceder la apertura de la oficina de farmacia de que se trate. La concesión de la licencia debe producirse, por el contrario, siempre que exista un núcleo con la población y las distancias exigidas, por lo que la Administración sanitaria no tiene más que una solución justa, que consiste en determinar si hay núcleo, en cuyo caso está obligada a conceder la farmacia, o no lo hay, con la consiguiente obligación de denegarla, correspondiendo a este orden de jurisdicción el control posterior de la legalidad de la solución que se ha dado”⁶⁴¹.

Sobre tal disyuntiva hay autores que disienten y consideran que la motivación de los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes debe ser obligatoria en todo caso, ya se traten de actos reglados, ya se traten de actos discrecionales⁶⁴². Lo que si es obvio es que el tenor literal de este apartado c) no hace distinción de los actos reglados y discrecionales, como ocurre en el de los supuestos que

⁶⁴⁰ STSJ (Castilla la Mancha) núm. 82/2003, 28 Abril FJ 1.

⁶⁴¹ STS 9 Diciembre 1996 Rec. 472/1993 FJ 3.

⁶⁴² AYALA MUÑOZ, J. M. (2000): “Requisitos de los actos administrativos”, en AYALA MUÑOZ, J. M. et al *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, p. 369.

limitan derechos e intereses, ya sean reglados o discrecionales y sí encontramos en cambio para estos últimos un apartado especial que les dedica el legislador a los actos discrecionales, ya limiten derechos, o se aparten del criterio anteriormente adoptado.

Por todo ello sería conveniente abstraernos del contenido del acto, del tipo de potestad que se ejerza al dictar el acto administrativo e independientemente de todo ello, afirmar que si la decisión final se separa de actuaciones precedentes, la motivación es obligatoria. Aferrándonos por tanto a un criterio extensivo a la hora de delimitar los supuestos que engloba lo referente a la motivación de actos administrativos que se separen de su precedente administrativo, entendiendo incluido no solo los actos que hayan sido ejercidos a raíz de una potestad discrecional o reglada, sino también incluir tanto los actos definitivos o resolutorios como los de trámite que integran el procedimiento administrativo y que se aparten de un criterio mantenido y seguido por la Administración en otros anteriores.

4.2. La motivación de los actos contrarios al dictamen del órgano consultivo.

El segundo de los supuestos que recoge el apartado c) del artículo 54 de la LRJPAC exigiendo su motivación hace referencia a los actos de la Administración que se separen del dictamen de órganos consultivos. Apartado que se mantiene intacto respetando los dictados del legislador de 1958. No aporta ni elimina. Aún así, es preciso manifestar una serie de observaciones que se dejan entrever de una primera lectura antes de adentrarnos en las peculiaridades que tiene la motivación del acto que se separe del dictamen del órgano consultivo.

La Administración, aparte de contar con órganos que adoptan decisiones, cuenta también con otros órganos cuya función es evacuar informes o dictámenes o realizar un asesoramiento cualificado dirigido a los órganos que han de adoptar las decisiones administrativas, considerándose tal función como consultiva siendo necesaria para garantizar el mayor acierto en la decisión. Aunque el órgano consultivo por excelencia es el Consejo de Estado, hay otros muchos órganos que pueden tener encomendadas funciones consultivas y acerca de sus dictámenes, el hecho de apartarse de ellos, recae la obligación de motivar.

Si la Administración resuelve de manera contraria a lo que recomiendan los órganos consultivos, debe explicar concretamente por qué adopta esa decisión tal como viene recogido en el artículo 54 de la LRJPAC; ahora bien, ¿bastaría con la motivación

general del acto ? o ¿sería necesario la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo?

Cuestiones ambas que nos hacen reflexionar acerca del contenido de la motivación en este supuesto concreto y que la jurisprudencia, a través de sus dictados jurisprudenciales, las responde con argumentos que se decantan por la segunda opción planteada: ola motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo⁶⁴³. El órgano administrativo que se separe de un dictamen emitido por el órgano consultivo, ha de explicar de manera concreta por qué adopta esa decisión, debiendo incorporar tal justificación.

No en todos los casos de separación de dictámenes de órganos consultivos la motivación ha de consistir en una motivación explícita, razonada, pormenorizada al 100%. Se puede dar el caso, como comentaremos en el siguiente capítulo, que el contenido de la motivación fusione dos modalidades de motivaciones: una motivación explícita y otra motivación por referencia o *in allunde*. Así se observa en supuestos de materia de concentraciones de empresas, un ámbito donde reviste especial importancia la regla general de que han de ser motivados los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos y en los cuales el legislador ha atribuido la función al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuanto organismo administrativo específicamente habilitado para calibrar los efectos nocivos de operaciones de esta naturaleza.

Por otra parte, las declaraciones emanadas de los órganos consultivos se denominan informes, aunque también reciben una denominación más técnica, la de dictamen y aunque éste es el término que prefiere el legislador en el artículo 54, debe entenderse en sentido amplio dando cabida también al término informe, refiriéndose ambos a actuaciones de trámite producidas durante la tramitación del procedimiento, ya sean preceptivos o facultativos, vinculantes o no vinculantes. El legislador en el párrafo 5 del artículo 89 de la LRJPAC los equipara, los iguala, al admitir la motivación *in allunde*, declarando que “la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

⁶⁴³ STS 7 Noviembre 2005 Rec.65/2003 FJ 6; STS 2 Abril 2002 Rec.1585/2000 FJ 4.

4.2.1. La motivación de actos que se separen del dictamen de un órgano técnico.

Del dictado literal del apartado c) del artículo 54 LRJPAC, los actos que se separen del precedente administrativo y del dictamen del órgano consultivo, son los únicos que en un primer momento parecen dan cabida para exigir la motivación. Pese a lo regulado, creemos conveniente no limitarnos únicamente a los supuestos ya comentados sino extender la obligación de motivar las decisiones de los actos que se separen del dictamen emitidos por órganos, no solo consultivos, sino también técnicos, pues entendemos que dicho apartado se asimila a aquél “en el que no existiendo ni actuaciones precedentes ni dictámenes de órganos consultivos sí se cuentan, en cambio, con informes periciales técnicos”, y la Administración se separa de éstos⁶⁴⁴.

La jurisprudencia anterior a la LRJPAC, vigente la LPA de 1958, se refería ya entonces a este supuesto

“Queda aún la posibilidad de que el órgano que tiene la prerrogativa del nombramiento, o de la adjudicación, pueda separarse de la propuesta del órgano técnico o semitécnico; más como con este apartamiento se establece una excepción a lo que, por naturaleza, viene siendo normal, es lógico que para que esto ocurra deben concurrir circunstancias especiales que lo justifiquen y que ello se explique suficientemente, lo que debe tener lugar en la motivación del acto en que tal desviación se produzca, para que los interesados conozcan el porqué de la decisión y el para qué, si la misma no les convence, puedan utilizar las vías impugnativas legales con conocimiento de causa.

Lo dicho justifica, pues, la necesidad de la motivación del acto, que, en estos supuestos, es algo más que una simple formalidad por lo que explica la exigencia mantenida en el apartado c) del número 1 del artículo 43 de la LPA, exigencia que es aún mayor en el supuesto litigioso, por ser más trascendente separarse de una propuesta como la efectuada aquí por el repetido Jurado que apartarse de un mero dictamen, por muy cualificado que sea el órgano que lo emita⁶⁴⁵.

Los supuestos de discrecionalidad administrativa técnica son un claro ejemplo en el que el cumplimiento de la exigencia de la motivación es compartida por varios órganos, entre los que cabe diferenciar la labor que ejerce el órgano que emite el juicio

⁶⁴⁴GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010), *op. cit.*, p. 249.

⁶⁴⁵ STS 19 Junio 1985 RJ 1985/4147 CD 12 y 13.

técnico y la labor del órgano que decide fundamentando la resolución y haciendo suya la opinión técnica tal como tuvimos ocasión de reflejar en el capítulo anterior.

En procedimientos que participen dos órganos como los relativos a la evaluación investigadora, uno técnico, el Comité asesor que elabora la propuesta y el órgano que ostenta la facultad de evaluar, la Comisión Nacional de Evaluación, hay constancia de informes de órganos técnicos que emiten su parecer y servirán como motivación para la resolución evaluadora. Si existe discrepancia entre ambos órganos, el órgano evaluador debe explicar los motivos por los que se aparta del referido informe, pues el hecho de apartarse de la propuesta del órgano técnico también debe considerarse como uno de los supuestos incluidos en el apartado c) del artículo 54⁶⁴⁶.

A pesar de lo expuesto, algún que otro pronunciamiento jurisprudencial se ha dado que no entiende cumplido el requisito de la motivación por emanar de órganos no consultivos, como los procedentes del Pleno del Consejo Fiscal y del Fiscal General del Estado⁶⁴⁷.

5. ACTOS DE SUSPENSIÓN DE ACTOS Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES.

5.1. Consideraciones generales a precisar.

El legislador en el supuesto necesitado de motivación previsto en el apartado d) del artículo 54 de la LRJPAC sigue contagiado con la idea de aunar dos supuestos en uno, haciéndonos virar en este caso a la eficacia del acto administrativo.

Ya estemos en el ámbito administrativo, ya en el ámbito jurisdiccional, a los poderes públicos se les permite adoptar cualquier clase de medidas que sean adecuadas para garantizar la efectividad del acto que pone fin a la cuestión sobre la cual versa el litigio, y así minimizar o evitar los riesgos inherentes al transcurso del tiempo necesario antes de la decisión judicial o administrativa. No existe un catálogo general de medidas, sino que estas son de libre configuración por el órgano competente, administrativo o judicial, que adoptarán según las circunstancias, las “que estimen oportunas”-art.72 LRJPAC- o que “fueren necesarias” -art. 122LJCA- para asegurar la eficacia del acto. Ni la LRJPAC ni la LJCA condicionan el tipo de medidas que pueden adoptarse; cualquiera será posible siempre que esté al servicio de aquella finalidad garantizadora de la decisión que recaiga en cuanto al fondo.

⁶⁴⁶ STS 3 Julio 2015 Rec. 2941/2013 FJ 5.

⁶⁴⁷ STS 11 Enero 1997 Rec. 554/1995.

Podemos decir, por tanto, que existe un regla de universalidad, un verdadero *numerus apertus* de medidas, aunque algunas se encuentran nominadas y otras no. Así mientras el legislador de la LJCA a las medidas adoptadas durante el proceso las denomina “medidas cautelares“, el legislador de 1992 se decanta por el calificativo de “provisional“ para acompañar a estas medidas de carácter preventivo, que pueden sustanciarse durante el procedimiento administrativo⁶⁴⁸.

Las medidas cautelares se presentan como garantía del administrado, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar, y como restricción de los privilegios administrativos y en cambio, como apunta REBOLLO PUIG, las medidas provisionales adoptadas durante el procedimiento no están configuradas como una garantía de los particulares sino como “una muy notable potestad instrumental; instrumental, no ya solo en el sentido de estar al servicio de los intereses generales como todas las administrativas, sino precisamente de otras potestades para reforzar su eficacia⁶⁴⁹”.

5.2. La motivación del acto que adopte medidas provisionales en el procedimiento administrativo: en concreto, el sancionador.

Una manifestación importante del principio de oficialidad es la posibilidad que el legislador confiere a la Administración de acordar medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello. Son medidas instrumentales acordadas en el ámbito de un procedimiento administrativo concreto cuyo resultado tiende a garantizar.

La LRJPAC establece la exclusión de estas medidas en los supuestos en los que “puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”⁶⁵⁰. De ahí que cualquier medida provisional ha de adoptarse ponderando todos los intereses en presencia y los efectos de la decisión, aplicando el principio de proporcionalidad.

Las medidas provisionales posibles a adoptar en el procedimiento administrativo son contempladas genéricamente en el artículo 72 LRJPAC, distinguiéndose las

⁶⁴⁸ CHINCHILLA MARIN, C. (1991): *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid; GARCIA DE ENTERRIA, E. (2006): *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid; BACIGALUPO SAGESSE, M. (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Marcial Pons, Madrid, GIL IBÁÑEZ, J. L. (2001): *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Colex, Madrid,

⁶⁴⁹REBOLLO PUIG, M. (1993): “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo” en *Estudios jurídicos en el libro homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. I, Civitas, Madrid, p. 664.

⁶⁵⁰ Art. 72.3 LRJPAC

acordadas una vez iniciado el procedimiento de las adoptadas al margen de un procedimiento administrativo previamente incoado, calificadas como “provisionalísimas”. De esta habilitación legal se derivan una variedad de medidas que presentan una diversidad de contenidos generando en ocasiones confusión con las medidas cautelares en cuanto a una correcta identificación y aplicación del régimen jurídico⁶⁵¹.

La variedad de las medidas no solo afecta al contenido de las declaraciones también a la naturaleza de los actos administrativos a que dan lugar, que pueden consistir tanto en meras declaraciones de voluntad como en pura ejecución administrativa.

Como regla general, el acto mediante el cual se adopta la medida provisional consiste en una declaración de voluntad en la que destacan una serie de elementos tanto materiales como formales que lo configuran. De los primeros, como elementos materiales definitorios del acto administrativo que la acuerda, destaca, por un lado, el carácter provisional, “no en el sentido de su eficacia temporal limitada sino en el de suplir interinamente la falta de una resolución que aún no se ha producido”⁶⁵², y por otro, tanto el motivo que determina su adopción - el peligro derivado del transcurso del

⁶⁵¹ Es recomendable la lectura del *excursus* de medidas que con una sistemática descriptiva recoge REBOLLO PUIG en un estudio pormenorizado y enriquecedor de las medidas provisionales, diferenciando entre medidas cautelares pero que en realidad son de policía administrativa o de mero restablecimiento del orden jurídico conculcado y las medidas provisionales del artículo 72 LRJPAC. Las denominadas medidas cautelares se adoptan como reacción ante ciertos riesgos o perturbaciones y suponen, por su contenido y fin, “cautelares” para evitar lesiones al interés público protegido o para impedir la continuación de sus efectos antijurídicos que durante la tramitación del procedimiento puede verse perjudicado. Se asemejan a las provisionales de forma superficial en el sentido de entender que “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” incluye no solo garantizar su ejecución sino también el logro efectivo de los intereses públicos. No hay simple garantía de la eficacia de la resolución, sino de la eficacia de la actuación administrativa. REBOLLO PUIG, en su esclarecedor estudio, propone un concepto estricto de medida provisional, pues entiende que a veces nos encontremos con medidas provisionales en estado puro, siendo fácil su delimitación y diferenciación con otras figuras, pero otras veces las medidas provisionales presentarán “*adherencias*” que las acercan a esas otras medidas que de manera equivocada se denominan “*cautelares*” y él las bautiza como “*medidas de policía administrativa*”. Expone que en estos casos para delimitar bien ambas categorías y aplicar así a cada una el régimen jurídico correspondiente, es necesario y fundamental “*aprehender lo esencial*”. Y esto en las medidas provisionales es su conexión instrumental con una resolución posterior. Ambas pueden perseguir el efectivo logro de los intereses públicos, optando por un sentido amplio de la eficacia de la resolución, pero la frontera habrá de situarse, como nos apunta el autor, en que las medidas de policía “no tienen una conexión necesaria con una ulterior resolución ni con su procedimiento”. REBOLLO PUIG, M. (1993), *op.cit.*, pp.676-694.

Otro sector doctrinal, considera que tales medidas de policía sí son consideradas como medidas provisionales de las previstas en el artículo 72 LRJPAC porque “pueden declararse al comienzo de un procedimiento o incluso antes del mismo (las denominadas provisionalísimas), con carácter provisional, no definitivo, e instrumental, para garantizar la eficacia en sentido amplio de la resolución final”. Vid. TARDIO PATO, J. A. (2005): voz “Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo” en MUÑOZ MACHADO, S. (2005): *Diccionario jurídico*, p. 1550.

⁶⁵² REBOLLO PUIG, M. (1993), *op. cit.*, p. 660 .

tiempo necesario hasta la terminación del procedimiento (*periculum in mora*) - como el fin que persigue –el asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer...-. A pesar que el legislador recoge la exigencia material de tales motivos- “si existen elementos de juicio suficientes”-, no recoge, en cambio, de forma expresa la exigencia de que queden reflejados y constatados; así, aunque el artículo 72 LRJPAC no se refiere expresamente al requisito formal de la motivación del acto que acuerde la medida provisional, este acto debe ser motivado, y ello se deduce, aparte de previsiones específicas contempladas para algunas medidas provisionales, por referencia expresa del propio artículo 54 LRJPAC en su apartado d) en el que se hace alusión de manera general a las medidas provisionales y de manera específica a una de esas medidas provisionales, la de suspensión de los actos que hayan sido objeto de recurso.

El legislador podría haber optado por referirse única y exclusivamente a las medidas provisionales en un sentido genérico que aseguren la eficacia del acto administrativo; no obstante, junto a la decisión de motivar la adopción de medidas cautelares, que ya estaba prevista en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 4 de diciembre de 1974, retoca la herencia del legislador de 1958, que curiosamente sólo contemplaba el supuesto específico de motivar el acto que suspendía la ejecución del acto debido a la interposición del recurso siempre que se dieran unas circunstancias determinadas, ampliándola a cualquier supuesto de acto que resuelva la suspensión de la ejecución del acto. Será con la modificación producida en 1999 cuando se extiende la exigencia de motivación al acto por el que se adopten las medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de la LRJPAC.

La motivación de la medida provisional adoptada ha de contener el motivo razonable que justifique la urgencia de tal decisión, incluyendo la valoración sobre los elementos suficientes que respaldan la oportunidad y prudencia de la medida, no siendo necesaria en aquellos supuestos en los que la medida provisional entraña coacción directa, pues tales medidas están condicionadas a su posterior ratificación por la autoridad competente y es la ratificación la que deberá ser motivada⁶⁵³.

Por otra parte, en los procedimientos administrativos sancionadores se pueden adoptar medidas provisionales no solo conforme a lo dispuesto con carácter general en el artículo 72 de la LRJPAC sino también de forma más concreta de acuerdo con lo

⁶⁵³ Art.36.4 Ley de Seguridad Ciudadana y 9.2 Ley Potestad sancionadora en materia de juego.

establecido en el artículo 136 de la misma Ley y con el artículo 15 del Reglamento. Sin perjuicio de las especialidades previstas en leyes sectoriales y entendiendo que el régimen de las sanciones les es inaplicable a tales medidas, la exigencia de la motivación es inexcusable, al estar previsto la necesidad de “un acuerdo motivado” para adoptar medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. La motivación deberá comprender al menos el análisis sobre la concurrencia en el supuesto concreto de los distintos presupuestos y requisitos característicos de las medidas adoptadas.

Sobre la exigencia de este acuerdo motivado que adoptan medidas provisionales en procedimientos sancionadores, en concreto la relativa al cierre de actividad y precinto de equipos de emisión de televisión, se pronuncia la jurisprudencia entendiendo que

“la motivación de la medida constituye, así pues, no solo un requisito formal, sino un elemento estructural básico de la resolución, ineludible para valorar la justificación de la medida cautelar desde el punto de vista constitucional, pues no de otra forma es posible fiscalizar si respeta el principio de proporcionalidad, así como si confluyen motivos que justifiquen su adopción inaudita parte. Dicha motivación ha de versar, lógicamente, sobre la medida adoptada, siendo insuficiente la general del acto de iniciación del procedimiento, aunque esta, en determinadas condiciones, pueda servir de complemento a aquella. En todo caso, esta exigencia de motivación no es extraña a las condiciones generales a que debe ajustarse el deber de motivar los actos limitativos de derechos, deber destinado a la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa, operación que no puede verificarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda dilucidarse si, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes para venir en conocimiento de la fundamentación del acto”⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴STS 12 Marzo 2012 Rec.1070/2009 FJ 1; STSJ (Mad) núm.1034/2009, 14 Julio FJ 7; STS 20 Octubre 2008 Rec.6232/2006 FJ 5.

El precepto contenido en los artículos 136 de la Ley 30/1992 y en el artículo 15 del Reglamento es categórico en cuanto exige una específica motivación que justifique la adopción de la medida de carácter provisional, de manera que no basta, para cumplir con el deber de motivar la medida cautelar, expresar los hechos constitutivos de la infracción, su calificación y las posibles sanciones, sino que es necesario “explicar y exponer las razones por las que se acuerda la medida provisional”⁶⁵⁵.

En procedimientos sancionadores como los referentes al régimen disciplinario se sigue insistiendo que la motivación no es un requisito formal sin importancia, sino que la misma, “ha de ser clara y exteriorizar la razón por la que la Administración actúa de una determinada manera en relación con los fines de interés general que ha de cumplir”, sin limitarse únicamente a que los hechos sean mas o menos graves sino que “ha de expresar porque considera que en el caso procede la adopción de una medida cautelar y como la misma responde a una de las finalidades que contiene la Ley para permitir a la parte que la ha de soportar conocer las razones de su imposición y atacarla mediante los recursos correspondientes”⁶⁵⁶. En todos ellos, en especial en el ámbito funcional, la motivación no pierde su protagonismo⁶⁵⁷.

De especial manera, en aquellos supuestos en los que por el carácter de urgencia de la medida adoptada se prescinde del trámite de audiencia, se recalca en una específica motivación que exteriorice “no solo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es, de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales”⁶⁵⁸. En una materia como la sancionadora, en la que tan importante resulta salvaguardar las garantías inherentes al derecho de defensa, la posibilidad de eludir ese trámite de audiencia previa debe ser valorada y aplicada, pues, de forma restrictiva y rigurosamente justificada.

⁶⁵⁵ STS 15 Julio 2008 Rec. 5357/2004 FJ 1.

⁶⁵⁶ STSJ (Cat) núm.332/2014, 9 Mayo FJ 7.

⁶⁵⁷ STSJ (Mad) núm.487/2013, 11 Julio; STSJ (Mad) núm. 348/2013/, 8 Marzo; STSJ (Cat) núm. 1327/2012, 30 Noviembre; STSJ (Mad) núm.571/2010, 25 Mayo FJ 2; STSJ (And) núm. 817/2009, 5 Mayo; STSJ (Asturias) núm.1025/2006, 1 Junio.

⁶⁵⁸ STS 20 Marzo 2012 Rec. 1501/2008 FJ 2.

En definitiva, la motivación debe mostrar “los elementos de juicios en los que se ampara la decisión administrativa que adopta la medida provisional y para ser suficientes han de comprender los hechos de que se parte, alguna indicación de la resolución que pudiera recaer y de las circunstancias que aconsejan adoptar medidas de aseguramiento de su ejecución o de garantía provisional de los intereses públicos que aquélla protegerá. Solo así la motivación cumplirá su función y permitirá el control de legalidad que en este caso comprende el de adecuación al fin, congruencia con los motivos, razonabilidad...requisitos imposibles de demostrar o de combatir o controlar si falta aquélla”⁶⁵⁹.

Mención aparte requiere el incidir en la distinción entre la motivación del acuerdo que adopta la medida cautelar con la motivación del acto final resolutorio administrativo, para evitar su confusión. Sobre ello se manifiesta el Tribunal Supremo en un supuesto de alteración de planificación urbanística en el cual la adopción de medidas cautelares como la suspensión del otorgamiento de licencias o la suspensión de la vigencia del planeamiento en todo su ámbito o en determinadas zonas, deviene actuación preparatoria inexcusable si se quiere evitar actuaciones urbanísticas particulares que puedan comprometer los objetivos de la alteración. Se plantea la controversia respecto a la decisión de alteración del Plan, ya que la suspensión - como medida cautelar- no tiene mayor trascendencia que su carácter instrumental y provisional al servicio de la eficacia de esta futura alteración del planeamiento. Así pues,

“la suspensión propiamente dicha, no precisaría de otra motivación que afirmar su necesidad y a asegurar la viabilidad y efectividad del futuro planeamiento de ordenación territorial, asegurarse de explicitar las razones del ámbito territorial afectado. La verdadera motivación debe reservarse para la decisión de alteración del planeamiento.

Ya se ha indicado que el acuerdo de suspensión en sí mismo queda justificado por la decisión de revisar el planeamiento y para asegurar su eficacia.

La falta de motivación que se denuncia, en realidad viene referida a la suspensión contemplada como acto instrumental y paso previo de la revisión, lo que en suma significa que se impugna la falta de motivación de la decisión de

⁶⁵⁹ REBOLLO PUIG, M. (1993), *op. cit.*, p. 702.

revisar el Plan. Desde esta perspectiva, es obvio que el acuerdo de suspensión debe motivarse, aunque con las matizaciones que más adelante se analizarán.

Al margen de la motivación genérica en atención a su mero carácter instrumental, sí es necesaria una motivación concreta respecto a la determinación del ámbito afectado. No obstante, como quiera que la determinación de este ámbito territorial está vinculado al que ha de ser objeto de revisión, en realidad nos encontramos nuevamente con el hecho de que la justificación no es otra que la remisión a que éste es el ámbito que se pretende alterar y por ello se justifica la suspensión del planeamiento en el mismo.

En suma, la decisión de modificar el modelo territorial ante el riesgo de presión ambiental que estaba suponiendo el plan vigente, no precisa una motivación urbanística detallada y contrastable matemáticamente, ya que no se trata sino de una decisión discrecional fundamentada en parámetros de política planificadora, bastando la invocación de las razones de interés público que justifican la revisión, para que la motivación sea suficiente”⁶⁶⁰.

En otro orden de consideraciones, es oportuno dejar apuntado que el legislador en la nueva regulación del procedimiento administrativo, en la Ley 39/2015, no desdice de la actual y vigente Ley al no descartar la necesidad de motivar las medidas provisionales adoptadas como uno de supuestos enumerados de forma genérica en el artículo 35; pero en cambio, sí innova al precisar que tales medidas se podrán adoptar no solo de oficio o a instancia de parte sino también “de forma motivada”, tal como se deduce de artículo 56, equivalente al actual 72 LRJPAC, que de forma expresa y detallada regula la medida provisional.

5.3. La suspensión de la ejecución de los actos administrativos como medida específica cautelar en procedimientos de revisión y su motivación.

De la variada gama de medidas cautelares a adoptar en función de las circunstancias, se encuentra la suspensión; técnica sobre la cual ha querido el legislador que recaiga de manera expresa la obligación de motivar al entresacarla del supuesto

⁶⁶⁰ STSJ (Islas Baleares) núm. 172/2002, 22 Febrero FJ 2.

general previsto con el término “medidas provisionales” del apartado d) del artículo 54 de la LRJPAC, silenciado acerca de las medidas positivas⁶⁶¹.

Esta medida tambalea el principio de eficacia inmediata y permanente de los actos administrativos con la interrupción, de manera provisional o temporal, de sus efectos. No reconoce nuestro sistema normativo una potestad genérica para suspender la eficacia de sus propios actos, por lo que tal interrupción provisional de la eficacia de los actos administrativos se producen por varias razones, desde la concurrencia sobrevenida de varias circunstancias a razones de tutela o protección de intereses generales superiores.

La suspensión de eficacia de los actos administrativos es un mecanismo en cuya virtud, por causas tasadas en la ley, se paraliza de manera momentánea la eficacia del acto administrativo a la espera de que se produzca una circunstancia que determine el levantamiento de la suspensión y bien se elimine al acto, bien se permita el despliegue de su eficacia, acordándose tanto en vía administrativa o en vía judicial.

Permitiéndose en supuestos muy concretos como los procedimientos impugnatorios y los procedimientos de conflicto entre entes públicos, la LRJPAC contempla dos supuestos distintos de suspensión en vía administrativa cuando el acto sea objeto de algún procedimiento de revisión de oficio o cuando se interpongan recursos administrativos contra el mismo. No basta, aún así, que estemos ante procedimientos de revisión de legalidad de un acto administrativo para admitir la suspensión del acto, sino que la ley exige una serie de circunstancias que han de concurrir para acordarla: “la ponderación de los intereses en conflicto” y la “producción de perjuicios de imposible o difícil reparación”. A ello se ha unido la existencia de un “*fumus boni iuris*” utilizado de forma cautelosa por la jurisprudencia.

La ley obliga a motivar a los acuerdos de suspensión de actos, “cualquiera que sea el motivo” de la suspensión ofreciendo un amplio margen de maniobra, a diferencia del legislador de 1958 que solo se refería a “los acuerdos de suspensión que hayan sido objeto de recursos”⁶⁶².

El acto que acuerde la suspensión, ya sea en procedimientos de revisión de oficio o de impugnación en vía administrativa, o judicial, ha de ser motivado.

⁶⁶¹ Otra posible medida a adoptar son las medidas positivas Auto 21 Marzo 1991 Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y STC 29 abril 1993.

⁶⁶² Art. 43.1 e) LPA

5.3.1. La motivación de los actos que acuerden la suspensión de la ejecución en los procedimientos de resolución de recursos.

Sobre las resoluciones emitidas ante solicitudes de suspensión de la ejecución del acto recurrido se observa un plus en la exigencia de motivar, pues por un lado el acto que decide la suspensión necesita ser motivado *ex art. 54.1 d) LRJPAC* y por otro lado de forma previa, antes de acordar tal suspensión, se realiza otra motivación al exigírsele que pondere de forma “suficientemente razonada” el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el que se causa al recurrente por la ejecución inmediata del acto recurrido, como prevé el párrafo segundo del artículo 111. Esta decisión que a su vez debe ser también razonada fundándose en el criterio del *periculum in mora*.

El legislador, puede que por confiar en lo previsto en el artículo 54, no utiliza expresamente el término motivación sino que alude a la expresión “previa ponderación suficientemente razonada”. Ponderación que pese a darse si no se cumple algunas de las circunstancias previstas en el artículo 111 se denegará la suspensión⁶⁶³.

5.3.2. La motivación de los actos que acuerden la suspensión de la ejecución en los procedimientos de revisión de oficio .

El órgano competente que resuelve el procedimiento de revisión de oficio puede acordar la suspensión de un acto o disposición si de la ejecución se derivan perjuicios de imposible o difícil reparación. Tal suspensión debe estar motivada en términos generales en virtud del art. 54.1 d), pero de manera específica en la regulación de tal supuesto que recoge el legislador en el artículo 104 es más escueto, no exigiendo expresamente una motivación razonada de los perjuicios como ocurría en los procedimientos de resolución de recursos, sino que se limita únicamente a exigir que se acuerde “motivadamente la inadmisión a trámite de la solicitud presentada por el interesado” para que se inicie el procedimiento de revisión de oficio que ya hemos tratado anteriormente.

Podemos encontrarnos supuestos en los cuales la exigencia de la motivación sea por partida doble, así por un lado al acordarse la suspensión en los procedimientos de revisión de oficio por el art. 54.1d) y por otro si además se separa del dictamen favorable que es preceptivo en tales procedimientos de revisión de oficio por el art. 54.1c).

⁶⁶³ TSJ(Castilla la Mancha) núm 280/2005, 14 de Diciembre FJ 2; SAN 11 Noviembre 2005 Rec. 44/2003

Finalmente y a modo de recapitulación, en cualquiera de los supuestos contemplado, ya sea referentes a las medidas provisionales a las que hace referencia el apartado d) del artículo 54, ya sea acordando la suspensión por cualquier motivo, es necesario motivar el acuerdo decida o no acordar las medidas, decida o no la suspensión, pues en cualquiera de los supuestos requiere una ponderación de intereses, un juicio comparativo de éstos, atendiendo a las circunstancias particulares de cada situación.

6. ACUERDOS DE APLICACIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE URGENCIA O DE AMPLIACIÓN DE PLAZOS.

Los términos y plazos establecidos en las leyes obligan por igual a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos y a los interesados en los mismos. Se establecen para cumplirlos, hallándose en el principio de seguridad jurídica el fundamento de su inalterabilidad como regla general. A pesar de ello, de manera excepcional, la ley permite en determinados supuestos tanto la ampliación como la reducción de los plazos legales exigiendo que ambas decisiones acordadas deban ser motivadas. El hecho que ambos supuestos constituyan excepciones al régimen general de plazos para tramitar y resolver los expedientes, fundamenta la exigencia de motivar el acto por el que se acuerda su ampliación o reducción, en razón de la necesidad o interés y de las circunstancias que en cada caso así lo determinen y justifiquen.

6.1. Ampliación de plazos.

Mientras las leyes procesales imponen, como regla general, el criterio de improrrogabilidad de los plazos procesales, la LRJPAC permite a la Administración conceder, de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos cuando las circunstancias lo aconsejen y no se perjudiquen derechos a terceros por un período que no exceda de la mitad del plazo fijado por la norma.

El legislador desglosa el tratamiento de la ampliación de plazos en diferentes supuestos: el artículo 42.6 y el artículo 49, lo que nos hace cuestionarnos acerca de la correcta interpretación del término plazo si se refiere al plazo de un trámite concreto o si al plazo de resolución de un procedimiento. ¿Por qué, entonces, el legislador no aúna lo

referente a la ampliación de plazos en un mismo precepto? ¿se está refiriendo a realidades diferentes?⁶⁶⁴.

GONZALEZ PEREZ salva tal disyuntiva elaborando un sistema conceptual común de la prórroga de los plazos en el procedimiento administrativo, entendiendo la ampliación como una unidad jurídica, diferenciando dos clases de ampliación de plazos, razón por la cual el legislador las ha tratado en preceptos separados.⁶⁶⁵ Así el artículo 42.6 es relativo a la ampliación del plazo de duración del procedimiento y el artículo 49, a la ampliación del plazo para cumplimentar un trámite determinado. Ambos supuestos son excepciones a la regla de la obligatoriedad de los plazos, que se nos oferta desde la perspectiva de los administrados -art.49-, y desde la perspectiva de la Administración-art.42.6.

En esta dualidad de supuestos relativos a la ampliación de plazos, el acuerdo de ampliación ha de motivarse, ya sea acordado de oficio o a instancia de parte y ya otorgue o deniegue tal ampliación. Aunque no hay duda de la inexcusabilidad de la motivación, el legislador no trata de manera uniforme los requisitos a exigir en lo relativo a su forma y contenido, pronunciándose sobre lo primero y silenciando acerca de lo segundo.

6.1.1. La motivación en supuestos de ampliación del plazo de duración del procedimiento.

Excepcionalmente a la Administración se le permite ante la sobrecarga de asuntos que pueden dar lugar al incumplimiento de los plazos, ampliar el plazo máximo de resolución, por un período no superior al del propio plazo máximo, siempre que se hubieran intentado y agotado todos los medios personales y materiales necesarios. Esta excepción a la regla de obligatoriedad de los plazos es admitida desde la perspectiva de la Administración, la cual está obligada a incluir en el acuerdo de prórroga, como prevé

⁶⁶⁴ Art.42.6: “Cuando el número de solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo. Excepcionalmente podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles”.

Art.49: “La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudiquen derechos de tercero”

⁶⁶⁵ GONZALEZ PEREZ, J. (2012), *op. cit.*, pp. 1050 y ss.

el párrafo sexto del artículo 42, una “motivación clara de las circunstancias concurrentes”⁶⁶⁶.

La claridad es el requisito, y único referente a la forma, que exige el legislador a la motivación del acuerdo de ampliación del plazo de resolución. Claridad al exponer las circunstancias concurrentes que han de darse para adoptar tal acuerdo, que no chocha con otros calificativos consustanciales a la motivación como la precisión, sencillez, y la exhaustividad.

Previo al acuerdo de ampliación adoptado por el órgano competente para resolver, se debe haber intentado cumplir con el despacho adecuado y en plazo, habilitándose para ello los medios personales y materiales adecuados. Tal habilitación puede ser realizada, según lo previsto apartado 1º del párrafo 6 del artículo 42 LRJPAC, tanto por “el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor”, como por “el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste”; de lo que se desprende que si previo a estos medios, no es posible cumplir el plazo, entonces de manera excepcional se podrá acordar la ampliación del plazo máximo de resolución y será acordada por el órgano competente para resolver con la posterior motivación. Ahora bien el contenido de la motivación de ésta decisión variará en función de cómo haya sido la iniciativa de presentar de manera previa los medios personales y materiales para poder resolver en plazo. De tal hecho pues variará la motivación del órgano competente para acordar finalmente o denegar la ampliación.

El órgano administrativo competente para resolver, cuando se pronuncia acerca de la ampliación o denegación de la ampliación de plazo, debe motivar de manera clara que concurren las circunstancias pertinentes, de eso no hay duda; pero es de observar que tal justificación puede llevar aparejada parte de la propuesta razonada del órgano instructor que, ante las circunstancias dadas proponía nuevos medios para evitar un incumplimiento del plazo máximo de resolución. En este caso el contenido de “motivación clara” llevaría implícita la remisión a la propuesta del órgano instructor, consistiendo en la modalidad de motivación *in allunde*.

Situación distinta sería la dada en el supuesto que la iniciativa de adoptar medios que eviten el incumplimiento del plazo es presentada por el propio órgano competente para resolver, el cual la remite a su superior jerárquico para que éste adopte los medios pertinentes para evitar tal incumplimiento. Si esto no fuera posible, el órgano que

⁶⁶⁶ STS 20 Abril 2011 Rec. 6365/2006 FJ 3.

resuelve decidirá mediante acuerdo ampliar o no el plazo establecido motivando de manera clara las circunstancias concurrentes y acogiendo la propuesta de su superior que le puede servir como justificación.

La jurisprudencia también apuesta por la claridad de la motivación de los actos que decidan ampliar el plazo de resolución⁶⁶⁷. El Tribunal Supremo ofrece interpretaciones concretas, acerca de lo previsto en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, señalando que ”la solución de la ampliación del plazo no puede concebirse como una posibilidad extrema en supuestos absolutamente excepcionales, sino como una posibilidad admisible cuando la Administración no encuentre otra forma razonable para el cumplimiento del plazo y lo justifique adecuadamente”⁶⁶⁸ y considera suficiente que el acuerdo de ampliación de plazo contenga “una justificación clara y real de la dificultad de resolver en el plazo ordinario” para considerar admisible la ampliación del plazo, justificación que puede llevarse a cabo mediante la modalidad de motivación *in allunde*, al admitirse como motivación de una decisión administrativa la que resulta “no solo del acuerdo de ampliación si no de los informes y actuaciones unidas al expediente”⁶⁶⁹.

La motivación en estos casos no puede basarse en consideraciones genéricas sino por referencia singularizada a las circunstancias del caso; no puede adoptarse de forma apriorística sino que procederá tan sólo después de haber agotado todos los medios pertinentes para resolver en el plazo establecido, como se desprende de pronunciamientos jurisprudenciales relativos, entre otros, a licencias comerciales⁶⁷⁰.

6.1.2. La motivación en supuestos de ampliación del plazo para cumplimentar un trámite determinado .

Desde la perspectiva de los administrados, el artículo 49 prevé que la Administración podrá conceder, de oficio o a instancia de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, “si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de terceros”.

A diferencia del supuesto anterior de ampliación de plazo previsto en el artículo 42.6, aquí, en lo relativo a la ampliación de plazo de un trámite concreto, no se hace alusión de manera expresa ni a la exigencia de motivar tal decisión ni por supuesto a

⁶⁶⁷ STS 30 Enero 2013 Rec. 6753/2009 FJ 5; STS 4 Marzo 2009 Rec. 3943/2009 FJ 5

⁶⁶⁸ STS 20 Septiembre 2012 Rec. 5959/2010 FJ 4; SAN 15 Julio 2010 Rec. 443/2009 FJ 4; STS 10 Julio 2008 Rec. 7144/2005 FJ 7.

⁶⁶⁹ STS 15 Noviembre 2012 Rec. 4350/2011 FJ 4; S AN 20 Abril 2011 Rec. 686/2009 FJ 4,

⁶⁷⁰ STS 15 Febrero 2013 Rec. 3378/2008 FJ 6; STS 20 Abril 2011 Rec. 6365/2006 FJ 3.

ningún requisito específico de la motivación. Ante este silencio se juega con la importación de la obligatoriedad de la motivación presente en el apartado e) del artículo 54 de la LRJPAC, de manera que una vez decidido el acuerdo de ampliación del plazo, éste ha de justificarse, siendo lo suficientemente expresivo de la concurrencia de la causa que lo justifique.

En un supuesto concreto de solicitud de la ampliación del plazo para evacuar un informe y su posterior denegación, la parte recurrente insiste en que el acto administrativo por el que se denegaba la ampliación del plazo para emitir el informe no se encontraba suficientemente motivado. Cuestión no compartida por el Tribunal que alega que “en ella se hacía constar, tanto la necesidad de continuar los trámites procedimentales, como la circunstancia de que la entidad solicitó la ampliación de plazo sin aducir motivo alguno que justificase dicha ampliación. Este último extremo se aludió expresamente en la motivación del acto administrativo y de manera que debe entenderse suficientemente justificada, pues la Administración no está obligada en derecho a atender las peticiones de ampliación de plazo para emitir informes cuando de por sí ello significa obstruir o demorar el procedimiento, especialmente cuando el peticionario no da motivo o razón ninguna para que el plazo sea efectivamente ampliado”⁶⁷¹.

Por otra parte, el hecho de la omisión efectuada por el legislador acerca cualquier referencia del órgano competente para resolver limitándose a la genérica expresión de “La Administración podrá conceder...”, no es inconveniente en aplicar la regla prevista en el artículo 42.6 párrafo primero, como apunta GONZALEZ PEREZ, diferenciando el órgano competente según haya presentado propuesta en los casos de ampliación de oficio⁶⁷². En tales casos el contenido de la motivación puede versar sobre las propuestas presentadas, presentando una motivación por remisión.

6.2. Reducción de plazos.

La posibilidad de reducir los plazos constituye, junto a la de ampliar los plazos, otra de las excepciones de la regla de la inalterabilidad de los plazos. Los plazos pueden reducirse hasta la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos, aplicando una tramitación de urgencia. Este acuerdo puede ser adoptado de oficio o a

⁶⁷¹ STS 8 Noviembre 1999 Rec. 313/1997 FJ 3.

⁶⁷² GONZALEZ PEREZ, J. (2012), *op. cit.*, p.1053.

petición del interesado y requieren que existan razones de interés público que lo aconsejen, para lo cual debe ser motivado.

Este supuesto, contemplado en el artículo 50 de la LRJPAC, coincide con lo previsto en la anterior legislación de 1958, siendo lo novedoso que además es uno de los supuestos recogidos en el vigente artículo 54, sobre los cuales recae de manera expresa la obligación de motivar, y esto como tal no lo preveía el legislador anterior al enumerar los supuestos obligados de motivar previstos en el derogado artículo 43.

En el precepto actual no se observa ningún requisito específico relativo a cómo debe realizarse la motivación, por lo que será de aplicación la normativa general de la motivación para los procedimientos ordinarios.

En el ámbito sectorial, nos encontramos leyes especiales que regulan supuestos específicos de tramitación urgente y requieren de manera expresa de la motivación, como ocurre en el sector de la contratación administrativa

“Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada”⁶⁷³.

En relación a la preparación del contrato, los procedimientos de contratación se tramitarán de acuerdo con los plazos que con carácter general establece la ley, siendo lo más común el seguimiento de una tramitación ordinaria, hecho que no impedirá, a su vez, si se dieran las circunstancias legalmente establecidas que lo justifiquen, la tramitación puede ser declarada de urgencia o por emergencia.

Los expedientes que correspondan a contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público, deben contener una declaración de urgencia “debidamente motivada”⁶⁷⁴, entendiendo la urgencia como la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible derivada de un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación y no imputable al mismo⁶⁷⁵. La jurisprudencia en estos supuestos se muestra fiel a exigir

⁶⁷³ Art.112.1 TRLCSP.

⁶⁷⁴ Art.112.1 *in fine* TRLCSP.

⁶⁷⁵ TACRC Rec. 161/2011 F. 5

una motivación que de forma objetivamente evaluable responda la urgencia a razones de interés público⁶⁷⁶.

En cambio, en otras ocasiones se procede a un procedimiento de emergencia eximiendo a la Administración de tramitar el expediente, cuando tenga que actuar de forma inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, que deben quedar suficientemente justificadas.

Finalmente es oportuno apuntar que ambos supuestos, tanto la ampliación como la reducción de plazos, se mantienen como obligatorios en la enumeración de carácter general del artículo 35 de la Ley 39/2015 con la particularidad en los supuestos de ampliación del plazo máximo para resolver y notificar por parte de la Administración, de la omisión de calificativo de “clara” en la motivación exigida (art. 23 Ley 39/2015).

7. ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE DICTEN EN EL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES.

Los actos que se derivan del ejercicio de potestades discrecionales son, como nos recuerda MUÑOZ MACHADO, los más inespecíficos de todos los que figuran en el listado del artículo 54 y los que han dado lugar a mayor conflictividad⁶⁷⁷. Durante la vigencia de la LPA de 1958 la exigencia de justificar tales actos no encontró sitio en ningún precepto de la ley, que si recibió, en cambio, en ese período de tiempo una cálida acogida tanto en lo doctrinal como en lo jurisprudencial⁶⁷⁸.

La exigencia de motivación en estos casos aporta especial valor en el ejercicio de las potestades discrecionales pues el uso correcto de las mismas precisa justificar, con suficiencia, los presupuestos fácticos y jurídicos que han llevado a optar una entre las variadas opciones con que la Administración puede elegir para satisfacer el interés general, siendo indispensable que la Administración “exprese clara y suficientemente el proceso lógico que lleve a su decisión”⁶⁷⁹.

7.1. La motivación como requisito imprescindible de control de la discrecionalidad administrativa.

La potestad discrecional permite un margen de actuación a la Administración, que de forma deliberada le concede el legislador para que elija de entre diversas

⁶⁷⁶ STS 27 Febrero 2008 Rec. 5608/2004 FJ 4; STS 19 Noviembre 2004 Rec. 5262/2000 FJ 1.

⁶⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *op. cit.*, p. 77

⁶⁷⁸ STS 3 Diciembre 1986 RJ 1987/993 FJ2; STS 29 Septiembre 1988 RJ 1988/6951 FJ 1.

⁶⁷⁹ STS 10 Diciembre 1998 Rec. 4017/1991 FD 2.

soluciones posibles, igual de válidas y justas, la que atienda del modo más satisfactorio al interés general. No permite, en cambio dicha potestad, una actuación arbitraria y de ahí que su ejercicio haya de someterse a unos límites jurídicos generales, aparte del deber de observancia de lo regulado de forma específica para cada potestad deducible de las normas que la regulan. Los límites jurídicos del ejercicio de las potestades discrecionales no son solo de carácter sustantivo sino también organizativos y procedimentales y en atención a estos últimos, se puede afirmar que la potestad ha de ejercerse por el órgano competente a través de un procedimiento establecido y motivando expresamente la decisión que se adopte⁶⁸⁰.

La motivación es, por tanto, un elemento esencial de toda decisión discrecional que actúa como instrumento de control del correcto desarrollo del ejercicio de la discrecionalidad. Se considera como requisito imprescindible de los actos administrativos a fin de controlar una eventual arbitrariedad por lo que su estudio en el control de la legalidad de los actos administrativos es innegociable. La ausencia o insuficiencia de la motivación de un acto discrecional tendrá repercusiones relativas no solo a los vicios formales sino también a los vicios sustanciales o de legalidad.

La motivación debe ser adecuada a la naturaleza y características de cada decisión discrecional adoptada variando su grado de suficiencia en virtud del carácter heterogéneo de las potestades discrecionales, no bastando con citar el precepto que otorga la potestad discrecional, y exigiéndose, en todo caso, aportar los criterios que fundamenta la resolución como ya tuvimos ocasión de tratar en el capítulo tercero relativo a los requisitos de la motivación.

7.2. Peculiaridades de la motivación de actos discrecionales.

7.2.1. La compatibilidad de la discrecionalidad técnica de los órganos especiales de selección con la exigencia de fundamentar sus decisiones.

En el seno de la discrecionalidad administrativa se da una manifestación específica denominada discrecionalidad técnica en la cual se reduce el margen de valoración subjetiva consustancial a tal discrecionalidad, que sustituye la libertad

⁶⁸⁰ Sobre la discrecionalidad administrativa en general: BACIGALUPO, M. (2003): Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración, IAAP; (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid; SANCHEZ MORON, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid; DESDENTADO DAROCA, E. (1997): *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid

atribuida en un principio por una ponderación de carácter técnico originando un juicio que solo puede ser formulado por órganos especializados de la Administración.

La discrecionalidad técnica es compatible con la exigencia de una fundamentación fáctica que posteriormente será comprobada en el control jurisdiccional. El ejercicio por parte del órgano seleccionador de facultades de apreciación sustentadas en este tipo de discrecionalidad se desenvuelve dentro del marco delimitado por la garantía de interdicción de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, de ahí que la validez de una decisión selectiva que no aparezca justificada mediante una motivación racional estará viciada.

Por un lado, la línea jurisprudencial predominante ha mantenido tanto la imposibilidad de realizar en ámbitos concretos de discrecionalidad técnica, como el de concursos y oposiciones, un control de fondo como la necesidad de limitarse a un control mínimo que excluye la fiscalización del juicio técnico del órgano administrativo.

Desde el mismo momento del reconocimiento jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, se señalaron unos límites para la misma que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. La jurisprudencia clásica “en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad”, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños"⁶⁸¹. Para establecer el efectivo control de tales decisiones administrativas, declaró improcedente un control de fondo del juicio técnico del órgano administrativo, solo proyectado a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al juicio técnico y las pautas jurídicas exigibles, como el obligado cumplimiento del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Sobre el juicio técnico que opera esta específica discrecionalidad, sobrevuelan dudas interpretativas en lo referente al control pleno. El criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo no ha sido uniforme destacando una vía alternativa promotora de un cambio que prevé que la discrecionalidad técnica no debe ser un obstáculo insalvable para fiscalizar las decisiones de los órganos especializados de la Administración, estableciendo la necesidad de motivar el juicio técnico en base a que uno de los

⁶⁸¹ STS 15 Enero 1996 Rec.7895/1991 FJ 1; STS 11 Diciembre 1995 Rec. 13272/1991 FJ2; STS 28 Enero 1992 Rec. 1726/1990 FJ2.

aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y este cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

“Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”⁶⁸².

Aunque últimamente se ha mostrado cierto interés en indagar el núcleo de la decisión, nos preguntamos entonces ¿qué es lo que hay que motivar en estos supuestos? Pues como ha dejado establecido la jurisprudencia, una cosa es el núcleo del juicio técnico y otra diferente la obligación de explicar las razones de este juicio técnico. La jurisprudencia ha recogido cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

“Ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato

⁶⁸² STS 10 Mayo 2007 Rec. 545/2002 FJ 4.

frente a los demás⁶⁸³”.

Por otra parte, la doctrina muestra también cierta inquietud por reconsiderar la limitación del control en supuestos de discrecionalidad administrativa técnica, y así realzar el papel de la motivación, en base a que la permisibilidad de un control restringido lesiona tanto el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares como la adecuada satisfacción de los intereses generales⁶⁸⁴.

7.2.2. El tránsito de la inexigibilidad a la obligatoriedad de la motivación en determinados ámbitos de discrecionalidad administrativa.

Pese a que la motivación se ha entendido como instrumento de control de los actos discrecionales para evitar vicios que atenten a la legalidad del acto como la arbitrariedad, hay sectores en los que el control se atenúa produciéndose en algunos casos una total autorrestricción; ello se observa en supuestos relativos a nombramientos de determinados puestos públicos y en los referentes a las evaluaciones de las pruebas selectivas.

A) Nombramientos de altos cargos del Poder Judicial y otros de libre designación.

La doctrina jurisprudencial consolidada hace más de una década rompe con la doctrina tradicional sustentada en la autorrestricción en el control de la motivación de las decisiones sobre libre designación y libre cese en determinados puestos públicos, y así de afirmar de forma incondicionada la ausencia de una obligación de motivación suficiente se pasa a exigir una motivación extensa determinando los propios Tribunales el contenido específico que ha de incluir para considerarse lícita.

La jurisprudencia mayoritaria tradicional venía apostando por una absoluta innecesariedad e inexigibilidad de motivación en los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales, como Fiscales y Magistrados del Tribunal Supremo, y funcionariales de libre designación. Tales supuestos se entendían como una categoría singular de actos discrecionales, en los que la resolución administrativa, al invocar las normas que le facultan para la libre designación, llevaba implícita la motivación de que la persona designada tiene la confianza de la autoridad a quien la Ley le otorga la

⁶⁸³ STS 17 Diciembre 2012 Rec.3804/2010 FJ7; STS 18 Julio 2012 Rec. 870/2011 FJ 4; STS 18 Noviembre 2011 Rec. 1920/2010 FJ 6; STS 18 Marzo 2011 Rec. 4278/2009 FJ3.

⁶⁸⁴ DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op.cit.*, p. 119.

potestad para la libre provisión del cargo⁶⁸⁵. Esta invocación de los preceptos que atribuían la potestad discrecional bastaba para entender cumplida la exigencia de justificar las decisiones; no existiendo, por tanto, una obligación formal de motivación.

El Tribunal Supremo señaló en un primer momento, en supuestos de nombramientos aludidos, como el de Presidente de una Audiencia Provincial, que "esa discrecionalidad técnica, equivalente a libre designación, ofrece peculiaridades y singularidades en orden a su motivación, que merecen un tratamiento particularizado" justificando la innecesariedad de que el Consejo General del Poder Judicial motive las propuestas de nombramiento para la provisión de aquellos destinos de la carrera judicial cuya cobertura es de naturaleza discrecional, en base dos argumentos: uno, considerar que tales nombramientos se fundan en motivos intrínsecamente insuceptible de un control jurisdiccional, es decir, motivos de confianza- de lo que se infiere que el Tribunal Supremo califica los cargos judiciales de designación discrecional como cargos de confianza-y, dos, el carácter colegiado del órgano del que ha emanado el acto discrecional cuya motivación se pretende⁶⁸⁶.

Ambos tipos de nombramientos, los relativos a altos cargos del poder judicial y los de libre designación, siguieron esta misma línea interpretativa hasta la aparición de la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006, que los escindió en lo referente a la exigencia de motivación⁶⁸⁷. Por un lado, la sentencia puntualiza en relación a los primeros que no los considera puestos de libre designación y

⁶⁸⁵ SAN 21 Febrero 2002 Rec.102/2001 FJ 3; STS 11 Enero 1997 Rec. 424/1995 FJ 6; STS 18 Mayo 1991 RJ 1991/4120 FJ 4.

⁶⁸⁶ STS 30 Noviembre 1999 Rec. 449/1997. Esta Sentencia ha sido objeto de un análisis crítico por BACIGALUPO SAGESSE, M. (1991): "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?", REDA núm. 107, 2000, pp. 407-420 el cual aunque no duda del carácter discrecional de la provisión de determinados destinos de la Carrera Judicial, no le resulta convincente ninguno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo que sostienen la innecesariedad de la motivación. Para este autor los cargos judiciales no son de confianza, no radicando la discrecionalidad en poder elegir entre fundar el nombramiento en una valoración de los méritos de los aspirantes o fundarlo sólo en motivos de confianza, sino tan sólo en el carácter no reglado de aquella valoración de la que no cabe prescindir. El contenido de la motivación exigible en los nombramientos de carácter discrecional, en opinión del autor, debe recoger qué meritos tomó en consideración el órgano selectivo y cómo los valoró en relación con cada uno de los aspirantes p.415.

⁶⁸⁷ STS 29 Mayo 2006 Rec.309/2004. Es interesante destacar, como apunta DESDENTADO DAROCA que "en el voto particular a la sentencia, aunque se discrepa de la calificación del sistema de selección y se sigue considerando que éste es el de la libre designación, existe una coincidencia básica y de extraordinaria importancia con el parecer mayoritario, porque el voto particular se separa también de la doctrina anterior y afirma que la confianza no debe entenderse como una confianza personal o ideológica sino como una confianza en la idoneidad, mérito y capacidad del candidato para el desarrollo del puesto de trabajo". Vid DESDENTADO DAROCA, E. (2008): "Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico", REDA, p. 560.

reivindicando un control de tales decisiones que “no pueden ser fruto de un voluntarismo inmotivado”, y, por otro lado, respeta la peculiaridad de los nombramientos de puestos designados por libre designación. Esta sentencia, conocida como del caso Gómez Bermúdez, relativa al nombramiento de Presidente de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cambia el eje de los nombramientos de altos cargos del Poder Judicial, de la confianza al mérito y capacidad, cobrando especial protagonismo la motivación que le corresponde fundamentalmente a la Comisión de calificación que es la que eleva al Pleno informe con la propuesta de nombramiento, aunque admite también la motivación que resulta del expediente y del acta de la sesión de debate previa a la votación del Pleno.

Aparte de proclamar la obligación de motivación, la Sala establece el sentido y alcance de la motivación, señalando que “lo relevante es en primer lugar, que la Comisión informó circunstanciadamente de los méritos que concurren en los candidatos y de las razones que apoyan su propuesta; en segundo lugar, que el Pleno pueda manejar y valorar todos los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento y en tercer lugar, que la decisión adoptada se apoyó en razones asequibles desde la perspectiva del mérito y capacidad”. En sentencias posteriores se añaden más requisitos avanzando en la exigencia de una adecuada motivación, como la fechada el 27 Noviembre de 2007 en la cual el Tribunal Supremo deja apuntado que “la motivación debe expresar los méritos considerados prioritarios, debe poner de manifiesto cuáles son las fuentes de conocimiento que se han manejado para identificar los méritos y finalmente, debe mostrar que se ha realizado una comparación o contraste de las diferentes trayectorias de los candidatos, identificando cuáles son las características que reúnen las personas nombradas y que justifican su elección”⁶⁸⁸.

Posteriormente a todos estos fallos jurisprudenciales aludidos, la exención de la obligatoriedad de la motivación ha sido de nuevo tambaleada y derrocada por recientes pronunciamientos que enarbolan la obligatoriedad de la misma, incluyendo a los nombramientos de libre designación, con el cumplimiento de reflejar, ya no solo lo previsto en el precepto reglamentario (artículo 56.2 RD 364/1995, 10 Marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la

⁶⁸⁸ STS 27 Noviembre 2007 Rec. 407/2006. Vid. DESDENTADO DAROCA, E. (2008), *op.cit.*, pp.565-567 que ofrece una valoración crítica acerca de los votos particulares de dicha sentencia. Vid también sobre esta sentencia IGARTUA SALAVERRIA, J. (2008): “Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3ª del Tribunal Supremo retoma el rumbo”, *RVAP* núm. 80, pp. 211-232.

Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado) que se refiere al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidas en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento, sino también al hecho que la motivación debe incluir “los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes”⁶⁸⁹.

En definitiva, como ya vaticinara el Tribunal Supremo, este es un tema “complejo y problemático”, “sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada”⁶⁹⁰.

B) La valoración de los méritos y las calificaciones en las pruebas selectivas.

La actuación de órganos como los Tribunales calificadores y Comisiones de evaluación en procedimientos selectivos refieren a actos de calificación especializada que se enmarcan dentro de la discrecionalidad técnica, que a pesar de haberse beneficiado, en un período de tiempo, de la exención del control jurisdiccional pleno, hoy se reabre, ante la exigencia de la motivación. Los criterios de calificación y evaluación que vayan a ser utilizados, por un lado, van a formar parte de esas actividades preparatorias encaminadas a delimitar la materia que va a ser objeto del juicio técnico y que conforman los “aledaños” que acompañan al núcleo material de la decisión, y por otro, serán parte del contenido de la motivación.

La importancia y la razón de ser que adquieren los informes en los procedimientos selectivos para las baremaciones de los méritos de los interesados y ser admitidos como motivación no ha sido cuestionada en el estudio y tratamiento jurisprudencial, a diferencia, en cambio, del alcance que ha de darse a la motivación que comporta el informe razonado sobre la valoración que merece cada concursante concretando qué elementos deberán constar en el informe para que a través de él pueda considerarse debidamente cumplido el requisito de motivación⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ STS 30 Septiembre 2009 Rec. 28/2006 FJ 5.

⁶⁹⁰ STS 3 Marzo 2005 Rec. 260/2004 FJ 4.

⁶⁹¹ STSJ (Val.) núm. 275/2013, 24 Abril FJ 2; STSJ (And.) 13 Enero 2011 Rec. 447/2009 FJ 3; STSJ (And.) 15 Enero 2009 Rec. 1390/2003 FJ 2; STSJ (País Vasco) núm. 396/2007, 2 Julio FJ 2.

En términos generales, no es motivación aceptable la que se limite a emitir abstractos juicios de valor que no detallen las concretas actividades a que se haga alusión ni tampoco el criterio cualitativo que determine esa valoración. Se ha de realizar una motivación específica que justifique en términos de mérito y capacidad que el aspirante finalmente seleccionado ostenta una preferencia frente a los demás y que la prioridad entre los candidatos debe decidirse mediante un contraste de cada uno de los elementos expresando las concretas razones y criterios que han sido tenidos en cuenta. El Tribunal Supremo en un asunto relativo a concurso de méritos para acceso a plaza de Profesor Titular de Universidad deja claro cuál debe ser el contenido del informe que recoge la motivación y entenderla como debidamente cumplida:

“...el debido cumplimiento de la motivación inherente a ese informe razonado sobre la valoración que (...) merece cada concursante, exigirá que ese informe consigne respecto cada candidato estos elementos:

1.- Los concretos criterios tenidos en cuenta para realizar la estimación cualitativa de las actividades investigadoras y docentes alegadas por los candidatos en su currículum vitae.

En relación con esos criterios la Comisión Examinadora goza del amplio margen que corresponde a toda actividad encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica, hasta el límite que significa la interdicción de la arbitrariedad, pero debe fijarlos señalando con claridad en qué consisten.

Pudiéndose señalar aquí con mero carácter ejemplificativo una relación de algunos de ellos. Así: la importancia del problema que haya sido objeto de investigación en cada uno de los trabajos aportados como méritos; la innovación que el resultado de esa investigación haya significado en la rama de saber de que se trate; el reconocimiento de que haya sido objeto cada trabajo en los círculos científicos; el prestigio que, según datos objetivos, sea de apreciar en el centro de enseñanza o congreso de que se trate en el caso de méritos docentes o consistentes en asistencias a esos congresos; etc.).

2.- La enumeración detallada de todos y cada uno de los trabajos y actividades aducidos como méritos científicos, publicaciones, ponencias, y de las distintas experiencias o servicios invocados como méritos docentes.

3.- La explicación en cada uno de esos singulares méritos científicos y docentes, y también en el proyecto docente y en el tema desarrollado en la segunda prueba, de

lo siguiente: cual ha sido el concreto criterio de estimación cualitativa que ha sido aplicado y cual es el resultado de valoración al que se ha llegado como consecuencia de esa aplicación”⁶⁹².

En posteriores pronunciamientos referentes a la valoración de méritos en pruebas de acceso a la función pública, se ha precisado en el hecho que al no estar la motivación sometida a unos rigurosos parámetros formales, habrá de entenderse que se ha procedido de forma correcta cuando el conjunto de las actuaciones permitan constatar con facilidad los elementos que encarnan los aledaños; y, más particularmente, cuando el Tribunal Calificador haya consignado, “tanto los criterios de valoración cualitativa utilizados para emitir su juicio técnico, como las circunstancias o razones por las que la aplicación de esos criterios conduce al concreto resultado declarado para cada uno de los aspirantes”; y por tanto no se entenderá cumplida al no respetarse las exigencias relativas a “los tramos de puntuación que correspondían a cada una de esas casillas; y, sobre todo, al no explicarse por qué los ejercicios de la actora, especialmente aquellos puntuados con cero, no cubrieron satisfactoriamente los criterios de calificación”, y siendo especialmente necesaria para disipar cualquier sospecha de arbitrariedad”⁶⁹³.

A pesar que en esta difícil y delicada materia del control de las actuaciones encuadrables en la llamada "discrecionalidad técnica", se ha hecho un permanente esfuerzo por ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto para toda actuación administrativa, acrecentándose el papel de la motivación, nos encontramos discrepancias jurisprudenciales en cuanto a la admisibilidad de los informes de valoración sustentados con una simple asignación numérica como motivación suficiente. Tal cuestión aplicada a la evaluación de sexenios por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora ha generado un número considerable de conflictos en sede jurisdiccional, los cuales deben ser examinados a partir de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 julio 1996, dictada en recurso extraordinario de interés de ley, que establece que "las decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora están suficientemente motivadas, aunque no hagan explícitas las razones por las que juzgan positiva o negativamente el período o períodos de investigación sometidos a evaluación

⁶⁹² STS 19 Noviembre 2008 Rec. 4049/2004 FJ 8.

⁶⁹³ STS 17 Octubre 2012 Rec.3930/2010 FJ 3; STS 7 Noviembre 2011 Rec.1253/2009 FJ 6.

...cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación"⁶⁹⁴.

Debemos puntualizar, como lo hicimos en su momento, que la referida doctrina se circunscribe a los requisitos de motivación de la resolución de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, no así a los que son exigibles a las propuestas del Comité Asesor. En este sentido, debe subrayarse que se hace imprescindible que el informe del Comité Asesor esté suficientemente razonado e individualizado y recalcar que es indudable que su propuesta ha de reunir una motivación suficiente, que permita al demandante conocer las razones que llevan a la Administración a desestimar la petición de valoración positiva de la actividad investigadora realizada por el demandante, lo cual es presupuesto necesario para el cumplimiento del requisito de motivación de la resolución de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora cuando hace suya la puntuación asignada por el Comité Asesor. Esta interpretación ha de examinarse a la luz de la evolución normativa en cuanto a la intensificación de los requisitos de motivación de las resoluciones administrativas, y de la misma evolución de la jurisprudencia, en cuanto a la expansión del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, en este caso, de evaluación, de la cual se desprende que las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional solo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, que cabe desvirtuar si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, de lo que se deriva que es esencial el requisito de la motivación de la resolución del órgano evaluador de la actividad investigadora.

Esta práctica administrativa de incorporar en las resoluciones denegatorias de los reconocimientos de sexenios de investigación a los profesores universitarios, los informes emitidos por el Comité Asesor consistentes en una puntuación numérica sin incluir las razones de la evaluación correspondiente que impiden al afectado conocer los motivos por los que se deniega el reconocimiento del correspondiente sexenio, no solo

⁶⁹⁴ STS 5 Julio 1996 Rec. 5236/1994 FJ 6.

han provocado controversias jurisprudenciales como se han expuesto sino también plantea ciertos interrogantes doctrinales por el hecho de no otorgar relevancia a la ausencia de la motivación de las resoluciones de la Comisión Nacional de Evaluación, y por tanto no permitir conocer las razones que justifican la puntuación, ni defenderse frente al fundamento de la resolución ni lograr el control judicial y la anulación de tal resolución, lo que pone en jaque lo previsto en artículos tan significativos como el 9.3, 24 y 106.1 de nuestra Constitución. Tales interrogantes son respondidos con una interpretación razonable y ponderada que permite estar conforme con los preceptos aludidos por la autora DESDENTADO DAROCA al manifestar que para entender la doctrina del Tribunal Supremo hay que distinguir entre motivación externa, que ha de aparecer en la resolución que se notifica al particular, y motivación interna la cual puede producirse en la resolución, en los informes a los que se remite la resolución, en otros documentos del expediente o en un momento posterior. Considera que el verdadero escollo en materia de sexenios de investigación se encuentra en la imposibilidad de conocer la justificación de la resolución y no propiamente la ausencia o insuficiencia de la motivación externa que acompaña al acto y que la norma permite que sea sucinta⁶⁹⁵.

De una manera u otra, el ejercicio de discrecionalidad técnica que se deriva de actuaciones administrativas referentes tanto a la valoración de los méritos como a la asignación de las calificaciones, nos remite a la motivación por puntuación y a toda la problemática que ella acarrea en cuanto a la admisión de la mera atribución de puntuaciones como suficiente motivación, que ya tuvimos ocasión de exponer de forma más detenida en el capítulo anterior, y que en el ámbito de selección de personal, la mayor parte del sector jurisprudencial entiende que no bastaría con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, pues no se ofrece en tales situaciones al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses⁶⁹⁶.

En la misma línea, en otras declaraciones relativas a pruebas de personal sanitario para provisión de plazas no se considera como falta de motivación la asignación de puntuaciones siempre y cuando se cumplan los tres elementos que según

⁶⁹⁵ DESDENTADO DAROCA, E. (2009) RVAP, num. 84, pp. 101-103.

⁶⁹⁶ STS 16 Marzo 2015 Rec.735/2014 FJ 6; STS 26 Junio 2014 Rec. 2399/2013 FJ 5; STS 12 Marzo 2014 Rec.23/2013 FJ 4; STS 18 Diciembre 2013 Rec. 3760/2012 FJ6.

jurisprudencia reiterada constituyen el contenido de la motivación, y que en el tema concreto hace referencia a “conocer el objeto de la calificación o valoración, que no fue sino el contenido del examen realizado por la recurrente; se sabe también cual fue el criterio cualitativo seguido para decidir la calificación (el modelo de respuestas previamente aprobado por el Tribunal Calificador); y se explica que la razón de la puntuación finalmente otorgada fue ese mayor o menor ajuste del examen con el modelo de respuestas de que se viene hablando”⁶⁹⁷.

En otro orden de consideraciones, será un dato revelador el tipo de mérito sobre el que recaiga la correspondiente evaluación. La cuestión acerca de si la exigencia de la motivación por parte de la Administración ha cumplido o no las expectativas previstas va a depender del tipo de mérito que haya que valorar, diferenciado los méritos que no permiten margen de apreciación para el Tribunal calificador, por estar definidos o cuantificados de una manera taxativa; de aquéllos otros que sí permiten ese espacio de apreciación, por estar enunciados en la convocatoria a través de conceptos indeterminados necesitados de ser individualizados en cada caso. Por ello, cuando estemos en supuestos de valoración de méritos que sí permiten dicho margen de apreciación, es conveniente que en la motivación figure una explicación, por parte del Tribunal de Calificación, de cuales fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales en que hayan sido cuantificadas las valoraciones atribuidas a los méritos de cada concursante; pues solo así podrá comprobarse si el juicio de valoración que fue realizado, dentro de ese margen de apreciación que permitía la convocatoria, estuvo guiado “por razones dirigidas a buscar las capacidades, conocimientos y experiencias que mejor se adaptaban al puesto convocado; y si, paralelamente, debe quedar descartada la existencia de arbitrariedad”⁶⁹⁸.

En idéntico sentido, en un asunto referente a premios nacionales a la excelencia en el rendimiento académico universitario, se exige, que para el ejercicio correcto de una adecuada y correcta motivación, figure en el expediente una explicación por parte del Jurado proponente de los Premios, “de cuáles fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a la cifra final en que fueron cuantificados dichos méritos de cada uno de los participantes”; pues “solo así”, declara de forma tajante el Tribunal Supremo “podrá comprobarse si el juicio de valoración realizado por el Jurado, dentro de ese margen de apreciación que le permite la convocatoria, estuvo guiado por

⁶⁹⁷ STS 23 Diciembre 2014 Rec. 3462/2013 FJ 8; STS 16 Diciembre 2014 Rec. 3157/2013 FJ 7.

⁶⁹⁸ STS 10 Octubre 2007 RJ 2007/7051 FJ 10.

razones dirigidas únicamente a premiar esos méritos académicos y científicos y si, consiguientemente debe quedar descartada la existencia de la arbitrariedad proscrita por la Constitución Española”⁶⁹⁹.

Por otra parte y de forma particular en supuestos de impugnación de una determinada calificación, se insiste que el núcleo técnico de la discrecionalidad técnica no está en todos sus aspectos cerrado al control jurisdiccional, avalando la motivación del acto y su razonabilidad, al exigir al órgano de calificación que exponga las razones que le llevan a rechazar las argumentaciones de queja de los concursantes, como se observa en un proceso selectivo para ingreso en el cuerpo de maestros en el que “la mera negación apodíctica del interés científico o didáctico de las publicaciones aportadas” no es aceptable como motivación, pues se limita a ser “la expresión de un mero juicio de valor de carácter estrictamente subjetivo, y no la expresión de un juicio razonado de índole objetiva, que es lo exigible en tales casos como motivación”⁷⁰⁰.

A modo de recapitulación, exponemos una serie de puntualizaciones en torno a la necesidad de motivar las calificaciones y las valoraciones de los méritos. Primero que cualquier aspirante afectado por las puntuaciones otorgadas tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y méritos que hayan sido aplicadas por el Tribunal competente, y esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra tales puntuaciones. Segundo, que no siempre bastara para entender motivada la valoración de méritos y calificaciones con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, siendo necesario recoger los criterios de valoración o partir de la propuesta de valoración que asumirá la Comisión de evaluación y que ha de contener la justificación. Tercero, para valorar la exigencia de la motivación es necesario distinguir entre los distintos tipos de méritos valorables que puedan darse.

7.2.3. La motivación en supuestos de aplicación conceptos jurídicos indeterminados.

Hay supuestos no contemplados expresamente en el artículo 54 de la LRJPAC sobre los que se ha deliberado si cabe extender o no la obligación de motivación a las decisiones administrativas que no son fruto del ejercicio de potestades discrecionales sino de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. La diferencia entre concepto jurídico indeterminado y potestad discrecional es de extraordinaria

⁶⁹⁹ STS 22 Julio 2013 Rec. 541/2011 FJ 4.

⁷⁰⁰ STS 10 Diciembre 2014 Rec. 3754/2013 FJ 11.

importancia pues supone que un concepto jurídico indeterminado no confiere a la Administración una potestad discrecional, es decir, no le confiere ese margen subjetivo de valoración y adaptación que le permite optar entre distintas soluciones. El concepto jurídico indeterminado solo permite que la Administración interprete el ordenamiento y aplique en consecuencia el resultado previsto por la norma mediante una tarea de subsunción. Según la teoría clásica de la unidad de solución justa en supuestos de conceptos jurídicos indeterminados hay siempre una solución posible y no cabe una elección en sentido estricto entre diferentes alternativas, de ahí que las potestades que exigen la interpretación y aplicación de tales conceptos han de considerarse potestades regladas y no discrecionales, no quedando englobadas en el apartado f) del artículo 54 de la LRJPAC y por tanto no requiriéndose de ellas una motivación formal⁷⁰¹.

En asuntos relacionados con los nombramientos de fiscales del Tribunal Supremo se ha insistido jurisprudencialmente que tampoco puede admitirse, a tales efectos, que se esté ante un caso de pura discrecionalidad administrativa subsumible en el artículo 54.1.f) de la LRJPAC en cuanto que la competencia reconocida por Ley al Gobierno en el nombramiento de Fiscales del Tribunal Supremo es “una habilitación para que desarrolle la libertad de apreciación propia de los conceptos jurídicos indeterminados, y no sería expresión de una potestad de discrecionalidad administrativa en sentido propio, aunque ello no se traduce en una libertad omnímoda ni en una ausencia o imposibilidad de control jurisdiccional”. La expresión de candidato “más adecuado” o idóneo es entendida como un concepto jurídico indeterminado, único contenido posible de esa competencia de nombramiento que tiene atribuida el Gobierno, que según se ha establecido “dispone de un espacio de libertad (elementos reglados aparte) cuyo ejercicio no impone la exigencia formal de motivación, aunque tiene como límite la observancia del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad, al margen de que el Fiscal no constituye Administración Pública”⁷⁰².

Voces doctrinales como DESDENTADO DAROCA no comparte la tesis conforme a la cual el ejercicio de las potestades circunscritas por conceptos jurídicos indeterminados no requieren una motivación formal, argumentando que las decisiones administrativas no solo pueden ser o regladas o discrecionales, sino que, en ocasiones

⁷⁰¹STS 12 Diciembre 2000 Rec. 233/1999 FJ 6. Comentada críticamente por BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001) “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *REDA* núm. 111, pp. 405 y ss.

⁷⁰² STS 18 Mayo 2004 Rec. 206/2001 FJ 5.

tienen “un carácter intermedio, ni plenamente reglado, ni claramente discrecional, incluyendo un criterio genérico que requiere de posterior concreción”. En tales casos la norma no pretende atribuir un ámbito de decisión propio al operador jurídico, pero que se ve finalmente obligado, para el desarrollo de su función, a realizar una apreciación o elección dentro del marco de la pauta fijada por la norma encontrándonos, como apunta la autora, ante un tercer supuesto denominado “discrecionalidad instrumental o débil, cuya diferencia con la discrecionalidad fuerte radica en la ausencia de la atribución de un poder de elección propio al titular de la potestad”⁷⁰³.

En el supuesto de conceptos jurídicos indeterminados surge normalmente una discrecionalidad débil que aparece como algo inevitable debido a la ambigüedad o imprecisión del lenguaje pero que en palabras de la autora “justifica igualmente la aplicación del artículo 54 porque se produce una opción compleja a favor de una determinada interpretación y aplicación del concepto que debe estar debidamente justificada. La exteriorización de la justificación de la elección mediante la motivación es esencial por los mismos motivos por los que lo es cuando se ejerce una discrecionalidad administrativa fuerte”. En éstos casos, de discrecionalidad administrativa fuerte, la norma utiliza cierto tipo de criterios jurídico- políticos, atribuyendo a la Administración un auténtico margen de decisión siendo evidente que los actos administrativos que aplican conceptos indeterminados jurídico políticos dan lugar a una verdadera discrecionalidad administrativa, a una discrecionalidad fuerte y que es claramente aplicable el artículo 54.1.f) de la LRJPAC.

De todo ello concluye la defensa de su tesis la autora manifestando que “una interpretación no literal sino teleológica del artículo 54.1.f) de la LRJPAC debe llevar, pues, a su aplicación analógica en los casos en los que se ejercen potestades que requieren la interpretación y aplicación de conceptos que presentan un alto grado de indeterminación”⁷⁰⁴.

En concretos supuestos, en el caso de los procesos selectivos ante el aspirante más capaz y con más mérito, la jurisprudencia ha señalado que se esta ante un concepto jurídico indeterminado que exigirá un esfuerzo interpretativo de concreción, pero al final sólo uno reunirá esta condición, insistiendo en el problema de prueba. Por otra lado la dificultad técnica de concretar el alcance de este concepto jurídico indeterminado no es distinta a la que se encuentra en cualquier otro ámbito jurídico, la mejor oferta en los

⁷⁰³DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, p. 90.

⁷⁰⁴DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, p. 91.

procedimientos contractuales, el valor de justiprecio, la valoración de una enfermedad por el EVI, o por Tribunales Calificadores en procesos selectivos, por poner tan solo unos ejemplos, en ninguno de los cuales se acude sin embargo al concepto de discrecionalidad técnica para establecer una inmunidad al control jurisdiccional, y en los que el control de los actos administrativos suele ser pleno por parte de los órganos jurisdiccionales⁷⁰⁵.

Por último, existen también supuestos en los cuales los actos administrativos omiten total o parcialmente la motivación o se impide el acceso a los antecedentes, alegando la confidencialidad de las actuaciones en que se funde, dando lugar al secreto administrativo, como ya tuvimos ocasión de tratar en el capítulo tercero.

8. ACTOS QUE PONGAN FIN A PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS O DE CONCURRENCIA COMPETITIVA.

El listado de supuestos que de forma expresa recoge el legislador en relación a la exigibilidad de la motivación se clausura con la referencia a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva. Supuesto particular que no estaba previsto en la ley anterior ni en el proyecto de la LRJPAC, vigente actualmente, que hace referencia a procedimientos, en los que la resolución requiere la comparación en un único procedimiento, de una eventual pluralidad de solicitudes, propuestas o actuaciones a cargo de los interesados, de acuerdo con los criterios fijados en una norma correspondiente en los que se incluye tanto los procedimientos de oposición y de concurso para seleccionar al personal que ha de servir a la Administración como los de selección y adjudicación de contratos y concesiones administrativas.

Su previsión queda reflejada en el párrafo segundo del artículo 54 de la LRJPAC exigiendo la motivación de los actos que resuelvan este tipo de procedimientos conformes a lo dispuesto en las normas que regulan las convocatorias, debiendo quedar acreditados los fundamentos de la resolución que se adopte, ya sea con una motivación individual para cada interesado, ya sea con una remisión al expediente.

⁷⁰⁵ STS 16 Diciembre 2014 Rec. 3157/2013.

8.1. La motivación en procedimientos para seleccionar al personal que ha de servir a la Administración⁷⁰⁶.

8.1.1. Breve apunte acerca de la expresión “procedimientos selectivos”.

El legislador al referirse a la exigencia de motivación de los procedimientos para seleccionar el personal, puede que debido a las prisas, al no estar previsto tal supuesto en el proyecto de ley, hace uso de una escueta y breve expresión para referirse a ellos: “procedimientos selectivos”.

Nuestro derecho admite tres procedimientos selectivos e independientemente del elegido, el acto que ponga fin a tal procedimiento de selección habrá de ser motivado. La motivación de este tipo de actos, como anteriormente se ha apuntado, se ha de realizar, por un lado, conforme a las normas que regulen sus convocatorias, y por otro lado, acompañando los fundamentos de la resolución que se adopte. Se exige además, según previsión reglamentaria, que “La motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria”⁷⁰⁷.

Ahora bien nos surge la cuestión de precisar a qué tipo de procedimientos selectivos se está refiriendo el legislador con la expresión “procedimientos selectivos”: ¿A los procedimientos selectivos para el acceso o para la provisión de puestos de trabajo? ¿O a ambos? Pues debemos diferenciar que una cosa es el acceso a la función pública y otra la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública, y en ambos se puede proceder a procedimientos de selección como el concurso.

8.1.2. Los sistemas de acceso y provisión ordinaria de puestos de trabajo a la función pública y la motivación.

Aunque en ocasiones el análisis de los sistemas de acceso y provisión de puestos de trabajo se trata de manera conjunta, ello no debe confundirnos y debemos tener presente que estamos ante dos figuras cada una con su sustantividad, así con el acceso

⁷⁰⁶SANCHEZ MORON, M. (Coord.)(2013): *Régimen jurídico de la función pública*, Lex Nova; SANCHEZ MORON, M. (2014): *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 8º ed; PALOMAR OLMEDA, A. (2009): *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson; PARADA VAZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2015): *Derecho de la Función Pública*, Open Ediciones Universitarias, 3º ed.

⁷⁰⁷ Art.22.2 RD. 364/1995 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.

se facilita el ingreso en la Administración tras superar pruebas de selección atendiendo al mérito y capacidad y, en cambio, con la provisión de puestos se facilita a la Administración la cobertura de sus necesidades laborales con los efectivos de personal existentes que tengan la cualificación adecuada para el desempeño de dichos puestos o funciones. Así en el acceso a la función pública el sistema selectivo opera mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición mientras que en la provisión de puestos de trabajo la norma prevé el concurso como sistema normal de provisión, pero también otras formas atípicas como pueden ser la comisión de servicios y la redistribución de efectivos.

Diferentes principios y diferentes procedimientos van a determinar la dispar vinculación que con la Administración Pública tienen los aspirantes en un procedimiento selectivo (cualquier ciudadano) y en un procedimiento de provisión (solo funcionarios públicos), no impidiendo en ningún caso que la presencia de la motivación sea inevitable. Teniendo en cuenta que aunque la publicidad es un elemento esencial del proceso selectivo no es necesario motivar la convocatoria en sí, entendida como aquel acto administrativo que exterioriza las bases para un procedimiento selectivo, la cual se garantiza con la publicación de la convocatoria en los periódicos oficiales evitando situaciones de desigualdad entre posibles concurrentes y consiguiendo amplia difusión y divulgación.

Pese a no haber duda sobre la exigencia de la motivación en estos casos según lo previsto legalmente, alguna que otra cuestión sobreviene acerca del contenido de la motivación pues estos procedimientos tienen la peculiaridad de contar con la presencia de diferentes órganos en la modulación de la decisión final, lo que repercutirá a su vez en la motivación; de manera que la tarea de cumplimentar la motivación estará repartida entre los órganos calificadores y los órganos que deciden, siendo la tarea del tribunal calificador la de emitir un dictamen y la tarea del órgano que resuelve, la de recogerlo en la resolución administrativa⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸ Sobre este punto ya se trató en el Capítulo III aludiendo a la significativa Sentencia 14 julio 2000 Rec. 258/1997 que diferencia las tareas encomendadas a los órganos administrativos que participan en la decisión final, manifestando que la función de los tribunales calificadores en los procesos selectivos de acceso a la función pública es “ofrecer, al órgano administrativo que ha de decidir esa selección, aquellos conocimientos que no posee éste último, pero sí resultan necesarios para realizar la tarea de evaluación profesional que constituye el elemento central de tales procesos selectivos”.

A) La motivación de la resolución del concurso hace referencia al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria

El concurso como sistema de ingreso en la función pública de carrera ha de estar sólidamente justificado al igual que el concurso como procedimiento normal de provisión de puesto de trabajo al tenerse en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria y que aparecerán debidamente baremados. El concurso constituye un procedimiento de selección fundamentado en la evaluación de los méritos exigidos en la convocatoria y en los alegados por los concursantes para la determinación de su aptitud y orden de prelación en los mismos que es utilizado tanto en los sistemas de acceso como de provisión con carácter ordinario debido a la existencia de una vacante dotada presupuestariamente⁷⁰⁹.

La exigencia de motivación que recala sobre la resolución que pone fin al concurso se obtiene de conjugar el artículo 54.2 de la LRJPAC ya aludido con el específico 22.2 del RD 364/1995 para los sistemas de acceso y el artículo 47.2 del mismo Reglamento para los sistemas de provisión de puestos de trabajo que de manera expresa recogen la referencia al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria. En todo caso debe quedar acreditados en el procedimiento como fundamentos de la resolución adoptada la observancia del procedimiento debido y la valoración final de los méritos de los candidatos.

La motivación en estos procedimientos específicos puede producirse de múltiples formas no siendo preciso siempre una motivación concreta y detallada de las razones que amparan la adopción de una determinada puntuación.

Desde la perspectiva de los tribunales calificadores la validez de su actuación habrá de ser medida según lo establecido en las normas que regulen las convocatorias, así si éstas exigen formalizar los dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico, tal puntuación es bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta la actuación de evaluación técnica y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el que no haya acompañada de una explicación o motivación complementaria⁷¹⁰.

Desde la perspectiva del órgano administrativo que resuelve, en la decisión administrativa que pone fin al procedimiento selectivo para así cumplimentar la

⁷⁰⁹ LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2009): *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública: conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi.

⁷¹⁰ STS 27 Junio 2012 Rec. 5778/2011 FJ 6; STS 6 Mayo 2009 Rec. 2677/2007 FJ 6; STS 14 Julio 2000 Rec. 258/1997 FJ 4.

motivación, debe por un lado, recoger la realizada por el tribunal calificador, y por otro lado, a lo que está obligado, según el párrafo 2 del artículo 54, es a acreditar los fundamentos de la resolución adoptada. Y por lo que se refiere a esa acreditación de fundamentos que expresamente establece, no está referida a los dictámenes de tribunal calificador, sino a la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de selección. Por ello, en supuestos en los que se prevea la realización de determinadas pruebas y la valoración del curriculum de los aspirantes expresados en una puntuación señalada para cada uno de ellos, dicha puntuación, expresada en el acta correspondiente, constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación, que es recogida por la Administración convocante en la resolución que pone fin al procedimiento y que debe también fundamentar ⁷¹¹.

A modo de síntesis, concluir, por un lado, que el órgano de selección cumple en principio con expresar la puntuación que exteriorice su calificación si las normas reguladoras de la actuación no exigen nada más y si a lo largo del procedimiento administrativo el interesado no ha reclamado especial motivación con relación a algún particular específico de su evaluación. También es conveniente apreciar que si las normas reguladoras de la actuación de los órganos calificadores omitiesen la necesidad de que deben motivar sus evaluaciones, ello no excluye la posibilidad de su exigencia, pero tal omisión lleva aparejada la consecuencia de que ahora es el interesado quien tendrá la carga de reclamarla. Y si a pesar de reclamárselo expresamente el interesado, el tribunal no atiende a su petición, que recordemos consiste en un principio en expresar la puntuación que exteriorice la calificación, entonces le será reprochable formalmente el vicio de falta de motivación. De otro lado, la resolución del órgano administrativo además de recoger la motivación del tribunal calificador, debe fundamentarla. Los fundamentos de la resolución, no solo se circunscriben a los fundamentos formales-competencia para adoptarla y observancia del procedimiento-, sino también los fundamentos materiales, es decir, los criterios en que se fundó la decisión selectiva acordada.

El artículo 54.2 LRJPAC, no exento de erróneas interpretaciones, en especial en los procedimientos de adjudicación como a continuación comprobaremos, nos sorprende con su total inaplicación en supuestos de actos administrativos de carácter discrecional emanados de órganos colegiados que ponen fin a procedimientos selectivos

⁷¹¹STS 14 Julio 2009 Rec. 5054/2006 FJ 5; STS 26 Febrero 2008 Rec. 3629/2006 FJ 4.

y de los que se requiere motivación, en concreto los nombramientos de cargos judiciales, como ya hemos tenido ocasión de comprobar en líneas anteriores⁷¹².

8.1.3. El papel de la motivación en los sistemas extraordinario de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública.

Atendiendo al origen o causa que determinan el empleo de los diferentes sistemas de provisión se distinguen los sistemas ordinarios de provisión de los extraordinarios. Mientras los primeros se entienden como aquéllos cuya aplicación viene determinada simplemente por la existencia de una vacante dotada presupuestariamente que debe figurar en las distintas relaciones de puestos de trabajo, los segundos requieren la concurrencia de circunstancias excepcionales y distintas de la mera existencia de una vacante, que pueden deberse tanto a causas de naturaleza organizativa como a circunstancias que afectan a los propios funcionarios. La aplicación de los sistemas extraordinarios de provisión viene determinada por circunstancias que de forma eventual, surgen una vez elaboradas las relaciones de puestos de trabajo, y que al ser diferentes unas de otras dificultan el control de su ejercicio.

El papel de la motivación no queda relegado a un segundo plano y dependiendo de la categoría que estemos adquirirá mayor o menor fuerza.

A) La motivación como límite de la cláusula de necesidad que justifica la aplicación de un sistema extraordinario de provisión.

Al surgir en el seno de la organización administrativa o del servicio unas especiales circunstancias o problemas cuya resolución resulta imposible con los sistemas ordinarios, se le permite a la Administración adoptar medidas extraordinarias para garantizar un funcionamiento normal y eficaz de los servicios⁷¹³. Estos sistemas extraordinarios tienen como finalidad dar una satisfacción eficaz a las necesidades del servicio, de lo que se deduce que la cláusula de necesidad justifica la actuación administrativa cobrando especial protagonismo la motivación al ser preciso constatar y contrastar la existencia de una situación de necesidad.

⁷¹² Este hecho se lo cuestiona BACIGALUPO SAGGESE a raíz del análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 Noviembre de 1999 manifestando que el propio Tribunal debería haber enjuiciado la necesidad de motivar los nombramientos de carácter discrecional con arreglo al artículo 54.2 de la LRJPAC, independientemente que haya emanado de un órgano colegiado, pues se trata de un procedimiento selectivo. BACIGALUPO SAGESSE, M. (2000), *op. cit.*, pp. 407-420.

⁷¹³ LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2009); FERREIRA FERNANDEZ, A. X. (2002): *La provisión de puestos de trabajo en la Administración general del Estado*, INAP.

La simple necesidad del servicio es una causa que da lugar a que la Administración proceda al traslado de sus funcionario y de la que se exige que sea explicitada de algún modo. Explicitación que debe servir de motivación a su actuación permitiendo a su vez el control de dicha potestad con la finalidad de no incurrir en desviación de poder ni en arbitrariedad. En otros supuestos como la redistribución de efectivos encontramos pronunciamientos relativos a la motivación que permiten como fundamentación suficiente para acordar la redistribución de efectivos las referencias reglamentarias y los datos de identificación de los respectivos puestos de trabajo mientras en otros es considerada como insuficiente la invocación de fórmulas estereotipadas sin mención expresa de los hechos determinantes de la decisión⁷¹⁴.

La necesidad urgente de cubrir una vacante es el fundamento de la aplicación de algún supuesto de comisión de servicio entendiendo la urgencia no como un concepto autónomo sino una “categoría específica de la necesidad”⁷¹⁵. Exento el ordenamiento de parámetros claros, la Administración debe apreciar las circunstancias correspondiendo a los Tribunales su control *a posteriori* y para que este control sea efectivo se le exige a la Administración exteriorizar tales causas mediante la motivación. La comisión de servicios queda restringida a los supuestos de urgente e inaplazable necesidad que deberá ser motivada.

“Las comisiones de servicio aparecen configuradas como una adscripción temporal, cuyo fundamento y finalidad radica en la necesidad urgente de cubrir un determinado puesto de trabajo, en función de las circunstancias objetivas que concurren en el mismo, correspondiendo a la Administración la ponderación de las circunstancias de la conveniencia del nombramiento de los funcionarios en las comisiones de servicio y por lo tanto conllevan que la necesidad de motivación del acuerdo por el que se dispone el cese del funcionario se reduzca al mínimo”⁷¹⁶.

La exigencia de una motivación suficiente que comprenda no solo la existencia de circunstancias extraordinarias que determinan la inaplazable necesidad de cubrir una plaza vacante sino también la imposibilidad de que dicha cobertura pueda producirse por medio de uno de los sistemas ordinarios, requerimientos tales que no pasan

⁷¹⁴ STSJ (Cat) núm.298/1998, 1 abril FJ 4; STSJ (Canarias) núm.399/2000, 6 Abril, 2000 FJ 4

⁷¹⁵ ALVAREZ GARCIA, V. (1996): *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, p. 576.

⁷¹⁶ STSJ (Mad) Núm. 10226/2010, 19 Octubre FJ 3.

desapercibidos por nuestros tribunales⁷¹⁷. Se insiste en la necesidad de motivar y explicitar de forma adecuada la concurrencia de las circunstancias de naturaleza extraordinaria que determinan la urgente necesidad de acudir a la comisión de servicios⁷¹⁸.

No solo es admisible una motivación suficiente, aunque sea sucinta, en tales supuestos sino también la modalidad de la motivación *in allunde*, mediante la cual del propio expediente administrativo se derivan las circunstancias⁷¹⁹. A pesar de esta última posibilidad no deja de ser deseable, como mantiene la jurisprudencia con el fin de facilitar la fiscalización de las actuaciones administrativas, que la Administración razonase debidamente la concurrencia de los supuestos de hecho que le faculen para la aplicación del procedimiento provisorio de la comisión de servicio. Razonamiento que es preferible se contenga de manera explícita en la propia resolución y no tenga que inferirse del contenido de los actos que integran el procedimiento. A pesar de estos deseos en ocasiones la falta de motivación no es causa para anular las resoluciones⁷²⁰.

La alteración del contenido del puesto de trabajo puede ser el fundamento de aplicación de otra forma de provisión siempre y cuando dicha alteración tenga tal entidad que afecte al normal funcionamiento del servicio. Es el caso de la remoción del puesto de trabajo proveído mediante concurso si se dan las circunstancias previstas tanto en la Ley como en el reglamento que deben quedar justificadas y exteriorizadas, de ahí el papel significativo de la motivación en el expediente contradictorio que se origina, pues se exige tanto a la propuesta de remoción formulada por el titular del centro directivo como a la resolución definitiva que comportará si procede el cese del funcionario, dando lugar su ausencia en múltiples ocasiones como ha señalado la jurisprudencia a anular las decisiones administrativas adoptando la remoción⁷²¹. Si la causa consiste en la falta de capacidad del funcionario para el desempeño del puesto manifestada por “rendimiento insuficiente que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto” se entiende que la motivación ha de señalar las razones y los hechos por los que se considera que el funcionario manifiesta un rendimiento insuficiente determinante de su falta de capacidad

⁷¹⁷ STSJ (Asturias) núm. 165/2000 de 25 Febrero.

⁷¹⁸ STSJ (Navarra) 29 Junio 2000 Rec. 1202/1997 FJ 3; STSJ (Cat) núm.1004/1999, 11 Noviembre FJ 1.

⁷¹⁹ STSJ (Castilla y León) núm.9/2012, 13 Enero FJ 5; SAN 22 Julio Rec.25/2010 FJ 2; STSJ (And) Rec.1595/1996, 5 Mayo FJ 2.

⁷²⁰ STSJ (Navarra) núm. 480/2000, 29 Marzo FJ 4.

⁷²¹ Art. 20.1. e) Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública – LMRFP- y art. 50 RD 364/1995; SAN 27 Junio 2013 Rec. 11/2013 FJ 1.

sobrevenida, pues no basta la apreciación subjetiva del superior si no concurren los hechos o circunstancias determinantes del supuesto legal. Se da la posibilidad que un funcionario sea removido de un puesto de trabajo por falta de capacidad manifestada por el propio titular iniciando él mismo el procedimiento de remoción, admitiéndose que el órgano administrativo haga suyas las razones que sustenten la posible remoción mediante la necesaria propuesta motivada⁷²².

Finalmente, la supresión de un puesto de trabajo como causa de aplicación de otro sistema de provisión también plantea el problema de cómo exteriorizar las circunstancias y su posible control, quedando solventado con la Memoria correspondiente que justifique cualquier medida adoptada, en los supuestos que la supresión venga determinada por un Plan de Empleo⁷²³.

8.2. La motivación en procedimientos de selección y adjudicación de contratos y concesiones administrativas⁷²⁴.

8.2.1. Consideraciones previas de los procedimientos de contratación: breve mención a la Directiva 2014/24/UE.

Existe una amplia y diversificada actividad contractual a cargo de las Administraciones Públicas a la que se le aplica un régimen peculiar de contratación debido tanto a la actividad de selección del contratista y la negociación de las condiciones del contrato como a los derechos y obligaciones de las partes.

En el estudio nacional de la legislación de contratos y su evolución es de referencia obligada aludir al Derecho comunitario, pues la incorporación de España en 1986 a las Comunidades Europeas se considera un hito clave que ha impulsado la vigente normativa con el reflejo, entre otros, de los principios generales recogidos en los Tratados constitutivos y que se han concretado y trasladado como principios generales propios de la contratación pública que establecen líneas de inspiración en la actuación pública, así el principio de libertad de acceso a las licitaciones, el principio de no

⁷²² Acuerdo Comisión Superior de Personal 26 Abril 1990.

⁷²³ STS 30 Junio Rec. 5432/1997.

⁷²⁴ BALLESTEROS MOFFA, L. A. (2010): *La adjudicación de contratos en el sector público*, Navarra; CARBONERO GALLARDO, J. M. (2010): *La adjudicación de los contratos públicos*, La Ley, El consultor, Madrid; GIMENO FELIÚ, J. M. (2013): “Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de Estudios Locales*, Cunal, núm. extra 16, pp. 15-44; (2012): “La Directiva de servicios y su incidencia en la contratación pública” en AGUADO I CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012): *El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*; (2010): *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Cizur Menor, Navarra.

discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y el principio de publicidad y transparencia de los procedimientos⁷²⁵.

De todos los principios que caracterizan a la contratación pública el de igualdad y transparencia exigen, por regla general, una licitación pública o adjudicación de los contratos mediante procedimientos en concurrencia, los cuales deben ser resueltos en aplicación de criterios objetivos y razonables exclusivamente, proporcionados al objeto del contrato. Solo de manera excepcional, por razones de eficacia u otras justificadas, en contratos de escasa cuantía y en otros casos y términos establecidos por la ley, la Administración y demás entes del sector público pueden prescindir de procedimientos en concurrencia y con publicidad para la adjudicación de los contratos.

Los procedimientos de contratación sirven para preservar la objetividad en la selección del adjudicatario y garantizar la adecuada satisfacción de los intereses públicos, en el que la transparencia se deja acompañar en toda la tramitación del procedimiento, desde su inicio, incluyendo el aspecto relativo a la aprobación y control de gasto y la publicidad de las licitaciones, hasta su finalización, lo que obliga a publicar en la mayoría de los supuestos la adjudicación del contrato.

El procedimiento de contratación es un procedimiento complejo desarrollado a través de fases y formalidades cada una con una finalidad específica, que de forma continua se inicia con una serie de actos preparatorios previos y prosigue con una fase de adjudicación articulada en dos periodos sucesivos: uno, de licitación y presentación de ofertas, en el que se publica la convocatoria del contrato a fin de que se presenten las propuestas de quienes se encuentren interesados en participar en el procedimiento; y otro, de selección del contratista, durante el cual se selecciona una oferta, de acuerdo con los criterios de selección que se hayan establecido previamente, para culminar con la formalización del contrato.

El principio de transparencia participa de forma transversal durante todo el procedimiento de contratación y en aras de conseguir materializarlo y potenciarlo es significativo el papel que juega la motivación en el ámbito de cualquiera de los procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública en el que ahora nos encontramos, permitiendo, por un lado, el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, propio de la actividad del Estado de Derecho para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y, por otro lado, dar a

⁷²⁵ MORENO MOLINA, J. A. (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bormazo, Albacete.

conocer a sus destinatarios las razones en que tales procedimientos se asientan, sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

Con fecha 28 de marzo de 2014 se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública que trae consigo importantes novedades, sustentadas la mayor parte en la jurisprudencia generada por el TJUE. Entre otras, trata de implementar procedimientos de adjudicación más flexibles y adecuados a las necesidades de los poderes adjudicadores, a la vez que persigue maximizar la seguridad jurídica de los operadores económicos. Regula un nuevo procedimiento específico de adjudicación, la asociación para la innovación, ideado para que los poderes adjudicadores tengan un mecanismo que permita satisfacer sus necesidades en relación con el desarrollo y posterior adquisición de productos, servicios u obras innovadoras, cuya demanda no puede ser satisfecha por el mercado. Y como novedad relativa a la simplificación procedimental, los medios electrónicos pasan a ser el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación.

8.2.2. La motivación en la fase preparatoria del contrato: la justificación de la necesidad de la contratación y la elección del procedimiento.

De forma previa a la celebración del contrato por parte de las Administraciones Públicas se requiere la tramitación de un expediente integrado por una serie de actuaciones, que de una manera u otra, nos reconduce directamente a la motivación. En un primer momento, el órgano de contratación inicia la tramitación del expediente motivando la necesidad del contrato, determinando con precisión “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado”, así como “la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas”, siendo esta labor de justificación de tal importancia y significado que si no concuerda el interés público a satisfacer en la contratación con el de los fines institucionales del poder adjudicador, el contrato no podrá celebrarse.

El legislador es muy insistente y persistente en relación a esta primera tarea justificadora apuntada al dejarla constatada en una tríada de preceptos del TRLCSP; así, nada más comenzar su articulado, en su artículo 1, al regular el objeto y finalidad de la Ley; seguidamente, al establecer las disposiciones generales sobre la contratación del

sector público reflejadas en el artículo 22 y finalmente, en el artículo 109 al referirse al contenido del expediente de contratación.

En el expediente de contratación no solo debe quedar justificado la necesidad de la contratación desde la perspectiva de los intereses públicos, sino también el procedimiento elegido y los criterios de adjudicación del contrato, tal como se refleja en el párrafo cuarto del artículo 109 del TRLSCP.

El carácter ordinario de los procedimientos abierto y restringido supone que deben ser los que se tramiten habitualmente eligiéndose a propio criterio del contratando sin más necesidad que su justificación. El procedimiento restringido se aplica, cuando por la naturaleza de la contratación a emprender, se estima que no todos los empresarios son adecuados para asumir la prestación y por tanto se restringe el procedimiento a las concretas empresas que superen los requisitos de solvencia establecidos *ad hoc* por parte del órgano de contratación, junto al número mínimo y máximo de candidatos⁷²⁶. Los criterios objetivos de solvencia como el número mínimo y en su caso el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones se indicarán, según expresa el legislador, “en el anuncio de licitación”, sin mencionar nada más de manera expresa acerca de la necesidad de justificar el por qué del número concreto de miembros elegidos finalmente. Aspecto éste que creemos sí sería también oportuno justificar y explicar de manera razonada como garantía de los diferentes principios que sustentan la contratación administrativa.

Los otros tres procedimientos, negociado, diálogo competitivo y contrato menor, se tramitarán únicamente cuando concurren sus respectivas causas que la fundamentan que igualmente habrán de justificarse.

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador elegido de forma justificada por el órgano de contratación tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. El Tribunal de Cuentas, a través de Informes de fiscalización, deja entrever que en reiteradas ocasiones los órganos de contratación no justifican ni motivan adecuadamente la razón por la que acuden al procedimiento negociado, haciendo uso de simples referencia al importe o a las causas legalmente establecidas. En relación a los principios básicos de la contratación administrativa, sería conveniente que en cada caso, el órgano de contratación, además de indicar las circunstancias excepcionales que concurren para su

⁷²⁶ Art.162 TRLCSP.

aplicación, de una manera expresa hiciera constar la causa por la que no resulta posible utilizar los procedimientos normales de adjudicación incluyendo los criterios sobre los que sustentará la negociación y aquellos que servirán de base para la adjudicación⁷²⁷.

El diálogo competitivo, otro de los procedimientos de contratación, podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos cuando considere el órgano de contratación que el uso del procedimiento abierto o restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato. En estos casos el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados cuyos criterios habrán de quedar establecidos y sobre los cuales no se pronuncia tampoco de forma expresa el legislador⁷²⁸.

Finalmente, una vez completado el expediente, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación oportuno que haya sido elegido en función del tipo de contrato, cuantía y demás⁷²⁹.

8.2.3. La adjudicación de los contratos y la motivación.

A) La presentación de la documentación acreditativa de los requisitos de los contratistas.

Con la publicación de la convocatoria se abre la fase de adjudicación de los contratos que permitirá a los interesados presentar las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo, las cuales deben ir acompañadas, a su vez, de una serie de documentos previstos en el TRLCSP, que a raíz de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pueden ser sustituidos por una declaración responsable si así lo decide el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En cumplimiento de una de las finalidades que esta nueva Ley persigue para la reducción de las cargas administrativas, el Texto Refundido únicamente exige al licitador en cuyo favor hubiera recaído la propuesta y de forma previa a la adjudicación del contrato, la acreditación de la posesión y validez de los documentos presentados particulares⁷³⁰.

⁷²⁷ RUÍZ RUBIA, C. V. (2014): *La justificación del procedimiento negociado* en Observatorio de Contratación Pública.

⁷²⁸ Art.179 y ss TRLCSP.

⁷²⁹ Art.110 TRLCSP.

⁷³⁰ Art. 146.4 TRLSCP.

Pese a lo anterior expuesto, se suma con carácter novedoso y excepcional la posibilidad que el órgano de contratación “en orden a garantizar el buen fin del procedimiento”, pueda dirigir requerimiento a los candidatos o licitadores, antes de la adopción de la propuesta de adjudicación, para que aporten la documentación exigida legalmente. Su inserción en el articulado de la norma contractual va ayuna de la motivación de tal decisión generando cierta incertidumbre en su aplicación y exigencia, lo que ha ocasionado la emisión de pronunciamientos como el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que mediante la Recomendación oportuna manifiesta que “cuando se dé el caso excepcional de garantizar el buen fin del procedimiento y el órgano de contratación decida recabar, con carácter previo a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los candidatos o licitadores aporten la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato, debe de motivarlo”⁷³¹.

B) La selección del adjudicatario según los criterios de adjudicación: el alcance de la motivación necesaria en la evaluación de las ofertas.

En el procedimiento de contratación el TRLCSP diferencia entre los sistemas de selección del contratista, que identifican quiénes pueden participar formulando sus respectivas propuestas y los criterios de adjudicación, con los que se valoran las ofertas presentadas. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato que pueden hacer referencia a la calidad, al precio y al plazo de ejecución, entre otros, determinados por el órgano de contratación que los detallará en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo para servir, posteriormente, de base en la adjudicación del contrato⁷³².

El carácter esencial de estos criterios nos viene impuestos de normas comunitarias que recuerdan que “la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva”⁷³³. Así la calidad como criterio de valoración de las ofertas

⁷³¹ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación de determinados preceptos del TRLCSP que han sido modificados por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁷³² Art.150.2 Párrafo 1º TRLCSP.

⁷³³ Considerando 46 Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los

sería admisible si se objetiva, es decir, indicando su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrán recaer, indicando cómo será baremada cada una; por tanto, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de calidad sobre las establecidas en los pliegos son tomadas o no en consideración⁷³⁴.

Los criterios de adjudicación pueden ser evaluables mediante un juicio de valor, que se refieren a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos y predeterminados⁷³⁵, o de forma automática, mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Nuestra legislación de contratos por aplicación de las directivas comunitarias otorga preponderancia a la utilización de los criterios de adjudicación matemáticos o evaluables mediante la aplicación de fórmulas sobre aquellos que dependen de un juicio de valor, y así cuando los primeros tengan menor ponderación que los segundos, la ley obliga a constituir un comité de expertos, ajeno al órgano que propone la contratación y con cualificación técnica adecuadas, que será el encargado de realizar esa valoración subjetiva evitando así que decisiones arbitrarias del órgano de contratación determinen la adjudicación del contrato⁷³⁶.

Cuando el órgano de contratación se fundamente en diversos criterios para la valoración de las proposiciones y la consiguiente determinación de la “oferta económicamente mas ventajosa”, señala el legislador, que “se precisará la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia”⁷³⁷.

Ante tales previsiones legalmente establecidas cabría preguntarse si la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los

contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Dicha Directiva queda derogada por Directiva 2014/24/CE que por eficacia directa del Derecho de la Unión entra en vigor el 18 de Abril de 2016.

⁷³⁴ Acuerdo TACPA 25/2013, de 21 de Mayo; Acuerdo TACPA 12/2012, de 27 de Marzo.

⁷³⁵ TACRC Resolución 176/2001.

⁷³⁶ Art. 150. 2 Párrafo 2º TRLCSP.

⁷³⁷ STJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis; Sentencia TJCE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ATI EAC SRL y Viaggi di Maio Snc.

motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, se considera suficiente motivación o, por el contrario, si sería necesario concretar los mismos para entender que el informe de valoración está debidamente motivado.

Junto a las diferentes apreciaciones jurisprudenciales que tratamos en términos generales en el apartado dedicado a la motivación por puntuación en el capítulo III, de manera específica para las cuestiones relativas al ámbito de contratación administrativa, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón se pronuncia sobre ello a raíz de un supuesto concreto acerca del contenido de unos informes técnicos emitidos en relación a criterios de valoración dependientes de un juicio de valor, manifestando que “en la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, sería inadmisibles por carecer de motivación”⁷³⁸.

También resulta de interés en relación a la cuestión planteada la opinión mantenida por el Tribunal de Cuentas relativa a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004 y 2005, pues sostiene que alguna de las actuaciones seguidas para la valoración de las ofertas no han sido adecuadas y, a los efectos que nos ocupan, recomienda no solo motivar suficientemente en el expediente la elección, la ponderación y las fórmulas o métodos concretos de valoración de los criterios de adjudicación en función de las particularidades de cada contrato, sino que, además, en aras de la mayor transparencia y objetividad del procedimiento de contratación,

“se deberían concretar en los Pliegos de manera suficiente y en la medida de lo posible, el contenido y el método de valoración del criterio técnico, mas aún teniendo en cuenta que se trata del criterio que, por su propia naturaleza, reviste una mayor subjetividad; de esta forma se evitaría la existencia de un excesivo grado de discrecionalidad en la valoración posterior a realizar por la Mesa de contratación. Asimismo debe quedar constancia suficiente de la justificación de la valoración otorgada a este criterio técnico de adjudicación como garantía de que la resolución del órgano de contratación es la adecuada”⁷³⁹.

⁷³⁸ Informe 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 12 de enero de 2011.

⁷³⁹ Informe del Tribunal de Cuentas número 760, aprobado por el Pleno de 26 de abril de 2007.

Por otra parte y aferrados a la misma línea de argumentación, son de reseñar diversos informes como los de la Cámara de Cuentas de Andalucía de fiscalización de la Cuenta General, contratación administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial de 2008, aprobado en febrero de 2010, y el del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, correspondiente a la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi de 2008, que nos recuerdan que los criterios objetivos han de estar contemplados en los pliegos de cláusulas de forma ponderada, al objeto de dotar de la máxima objetividad la selección en la oferta, resaltando en ciertos casos, que los criterios del PCAP carecen de los elementos de juicio necesarios que permitan su correcta aplicación en la fase de valoración de las ofertas, ya que no establecen baremo predeterminado en el que fundamentar la concesión de más o menos puntos a las empresas presentadas. Además, destacan la vaguedad e imprecisión de algunos criterios de adjudicación y la falta de motivación de los informes técnicos de valoración. Para evitar todas las situaciones antes descritas, los órganos de control externo de ámbito autonómico recomiendan que los pliegos establezcan no solo los criterios de adjudicación, sino también las reglas de valoración o normas relativas al procedimiento de aplicación de tales criterios, y que éstas aparezcan tasadas, baremadas y puntuadas, de tal forma que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios establecidos va a influir en la adjudicación.

Llegados a este punto conviene traer a colación y recordar que si bien la motivación puede ser sucinta, debe ser suficientemente indicativa de las razones por las que se adopta la decisión, al objeto de que el interesado pueda impugnarlas, de ahí insistir que la simple asignación a las ofertas de puntuaciones tras referencias genéricas no es una motivación adecuada ni suficiente en el sentido expuesto, al tratarse de remisiones sin contenido alguno. Las valoraciones genéricas efectuadas no son admisibles siendo exigible especificar las razones por las que se atribuyen las concretas puntuaciones a los licitadores en los diversos criterios y dependientes de un juicio de valor⁷⁴⁰.

Una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de

⁷⁴⁰ TARC Junta de Andalucía Resol.140/2014, 30 Junio; Resol.68/2013, 24 de Mayo.

revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego.

En un supuesto relativo a adjudicación de contrato para suministro de prótesis osteoarticulares, el tribunal administrativo competente no duda en estimar el recurso planteado por una de las empresas adjudicatarias contra la resolución de adjudicación atendiendo a la falta de motivación pues el texto solo recoge las puntuaciones de las ofertas presentadas sin explicitar motivación alguna de dichas puntuaciones, sin individualizar respecto a cada una de las proposiciones las razones, siquiera escuetas, que han determinado tal calificación.

“En el supuesto analizado las calificaciones otorgadas a las ofertas en el criterio “características técnicas y funcionales” (muy bueno, bueno, adecuado, inadecuado y no cumple) se justifican en valoraciones de carácter general establecidas previamente en el cuadro resumen que, en su posterior aplicación concreta a cada oferta, no añaden ningún elemento diferenciador, por lo que todas aquellas ofertas que reciban una misma calificación desconocerán las razones específicas que han determinado la misma y no dispondrán de elementos de juicio suficientes para poder atacar a aquélla, lo cual genera indefensión material y determina la nulidad de la resolución impugnada por ausencia de motivación”⁷⁴¹.

En definitiva, tan importante es la correcta definición de los criterios objetivos de adjudicación de las ofertas como la forma de valoración y, consecuentemente, la motivación de la misma y aunque, en un primer momento, los poderes adjudicadores ostentan un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no acontece lo mismo con la asignación particularizada y pormenorizada de las puntuaciones a cada uno de los posibles licitadores que ha de darse para considerar plenamente justificada dicha asignación y entender que se ha cumplido con el requisito de la motivación de forma suficiente y adecuada al derecho.

⁷⁴¹ TARC Junta de Andalucía Resol.139/2014, 23 de Junio.

C) La motivación como actuación básica para la viabilidad de las proposiciones con valores anormales o desproporcionados.

Nuestro legislador, acorde con la Directiva 2004/18 y en virtud de garantizar la ejecución del contrato, establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, haciendo efectivo el principio de eficiencia y necesidad del contrato y evitando así que su cumplimiento se frustre como consecuencia de una proposición que en atención a sus valores no cumpla el fin institucional que se persigue con el contrato.

Esta cautela prevista en el artículo 152 del TRLCSP, aparte de diferenciar si existe un único criterio o varios para valorar la adjudicación, establece que los pliegos pueden fijar límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas anormales o desproporcionadas. La superación de tales límites no permite excluir de modo automático la proposición, dado que es preciso la audiencia del licitador a fin de que éste pueda justificar que no obstante los valores de su proposición sí puede cumplir el contrato. De esta manera la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole sólo a éste la justificación de su proposición de modo que su silencio conlleva el rechazo de la proposición.

Pese a la labor del licitador justificando la valoración de la oferta, no hay que desmerecer la labor también de justificación que, de una manera u otra, recae en el órgano de contratación al estimar si la oferta puede ser o no cumplida, ateniéndose tanto a la justificación efectuada por el licitador como a los informes técnicos pertinentes. La valoración de la suficiencia de tales justificaciones determinando finalmente si una oferta es anormal o desproporcionada constituye una manifestación particular de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, que como tal debe respetar unos límites de actuación, entre ellos, la motivación⁷⁴².

De forma reiterada acerca de la necesaria motivación de la decisión adoptada ante las ofertas con valores anormales o desproporcionados se pronuncian los Tribunales Administrativos Contractuales declarando que

⁷⁴² TARC Resol. 811/2014, 31 octubre

“la apreciación de que una oferta contenga valores anormales o desproporcionados, es un mero indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Y, en este sentido, la decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora, y los informes emitidos por los servicios técnicos. Si bien, ni las alegaciones del licitador, ni los informes (que constituyen el asesoramiento técnicos, y siempre que efectivamente respondan y sean reconocibles como informes técnicos) tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar y sopesar adecuadamente ambos para adoptar su decisión, que deberá ser motivada, en base a ellos. De manera que, siempre y en todo caso, la decisión debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad”⁷⁴³.

Por todo ello, podríamos sintetizar que una vez examinado que se produce el supuesto de hecho merecedor de la calificación de una oferta o proposición como “anormal o desproporcionada”, el procedimiento de verificación contradictoria de justificación de una oferta abarcaría tres actuaciones básicas: audiencia al licitador que justifique su oferta, el asesoramiento técnico adecuado y la resolución motivada del órgano de contratación. El asesoramiento técnico, que incluye el informe pericial o cuantos informes sean necesarios, es imprescindible y fundamental para resolver de forma adecuada la viabilidad y acierto de la proposición, y aunque sea de libre valoración, tendrá repercusión en la motivación y en el logro de decisiones administrativas congruentes. Las conclusiones a las que llega el órgano de contratación, tras valorar el informe técnico y demás informes periciales, el algo que “debe tener cumplido reflejo y cumplido raciocinio en la resolución final sobre la admisión o exclusión de la proposición”⁷⁴⁴.

En concretos supuestos de exclusión de ofertas del procedimiento de adjudicación ante proposiciones con valores anormales o desproporcionados, es tajante y rotundo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al considerar

⁷⁴³ Acuerdo TACPA 22/2014, de 3 de abril; Acuerdo TACPA 4/2013, 22 de Enero; Memoria TACPA Marzo 2013-Diciembre 2013.

⁷⁴⁴ Acuerdo 5/2013 TACPA.

que las causas que determinan la exclusión han de quedar acreditadas y expuestas, argumentando que “es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado”, aunque se trate de una motivación sucinta, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión” adoptando el informe en cuestión⁷⁴⁵.

En la medida que el informe técnico sirve de apoyo a la decisión de exclusión de la oferta que adopta el órgano de contratación, su estudio y análisis no puede pasar desapercibido, exigiéndose con rigor que contengan las razones que avalan la decisión adoptada dando prueba de ello los pronunciamientos de los órganos de contratación en respuesta a los recursos contractuales que se interponen ante exclusiones de ofertas basadas en valores anormales o desproporcionados, mientras algunos dan por adecuada y suficiente la motivación que contiene un informe técnico que explica y justifica suficientemente las razones por las que se considera que la proposición no puede ser cumplida⁷⁴⁶, otros no consideran como justificada la exclusión de una empresa del procedimiento de licitación si el informe que puede considerarse a los efectos de motivación del rechazo de la proposición no entra a valorar las argumentaciones, pues en definitiva, las razones determinantes de su exclusión siguen si quedar reflejadas y por ello, de no cumplirse con el requisito de motivación, “la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando, como es el caso, no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, cabría calificarla de arbitraria”⁷⁴⁷.

D) La disconformidad del órgano de contratación con la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación ha de ser motivada.

En procedimientos de contratación, como el abierto, restringido y en determinados procedimientos negociados con publicidad, los órganos de las Administraciones Públicas deben estar asistidos, salvo que la competencia corresponda a una Junta de Contratación, por una Mesa de contratación que será el órgano competente para la valoración de las ofertas y formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Tanto la Mesa, al elevar su propuesta al órgano de contratación,

⁷⁴⁵ TACRC Resol. 032/2012 FJ 10.

⁷⁴⁶ TARC Junta de Andalucía Resol. 34/2015; TARC Junta de Andalucía Resol.1/2015.

⁷⁴⁷ TACRC Resol. 032/2012 FJ 10.

como éste al resolver, han de motivar la decisión con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en el pliego.

Los tribunales aplican con rigor esta exigencia legal anulando aquellas resoluciones de concursos que carecen de la necesaria y adecuada motivación⁷⁴⁸. De manera muy concreta se pronuncian acerca de la necesidad de la motivación en aquellas resoluciones del órgano de contratación que se aparten de la propuesta de la mesa de contratación, pues una cosa es la posibilidad de apartarse de la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación prevista en la ley y otra la necesidad de motivar tal apartamiento⁷⁴⁹.

8.2.4. La motivación y la notificación de la resolución que adjudica el contrato: su necesario deslinde.

El órgano de contratación, en virtud de los criterios que figuren en el pliego o en el anuncio y atendiendo a las proposiciones presentadas y no declaradas como desproporcionadas o anormales, adjudicará la oferta económicamente más ventajosa acompañada de la correspondiente motivación para una mejor protección y satisfacción de los intereses públicos. La presencia de la motivación de la resolución adjudicatoria es una apuesta no solo legislativa sino también jurisprudencial⁷⁵⁰.

El legislador al redactar el párrafo cuarto del artículo 151 relativo a la adjudicación del contrato y posterior notificación alude tanto a la necesidad de motivar la resolución de adjudicación, como a la obligación de facilitar a los licitadores la información necesaria que permita la interposición de un recurso suficientemente fundado, y en concreto las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada su oferta con preferencia a las presentadas por los restantes licitadores admitidos. La mayoría de los dictados jurisprudenciales señalan que de dicho artículo cabe deducir, de una parte, que el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información, suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso y por otra parte, determinar cómo debe entenderse cumplida en cada supuesto esa exigencia

⁷⁴⁸ STS 20 Julio 2000 Rec. 3163/1996 FJ 3; STSJ (Aragón) Rec.1179/1998 FJ 1.

⁷⁴⁹ TARC Junta de Andalucía Rec.1/2012. Me remito al capítulo tercero relativo al órgano que cumplimenta la motivación

⁷⁵⁰ STSJ (Mad.) núm.130/2001,16 Noviembre FJ 3; STS 26 Octubre 1993 Rec.7892/1990 FJ 4; STS 7 Mayo 1987 RJ 1987/5242 FJ 2.

de motivación. Así, el apartado a) señala que, respecto de los licitadores descartados contendrá la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura. La referencia a esta “exposición resumida” determina que no hayan de incorporarse al acto notificado todos y cada uno de los extremos determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones que justificaron el descarte. A su vez, este precepto ha de interpretarse conjuntamente con el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual, en los procesos selectivos y en concurrencia competitiva, si bien la notificación ha de realizarse en la forma establecida en las normas que regulan sus convocatorias, deben “en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

Con cierto atrevimiento por nuestra parte, observamos que la redacción de este precepto alienta cierta confusión por parte de los tribunales cuando a través de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, se refieren a la exigencia de motivación de la resolución adjudicatoria haciendo uso de expresiones tales como “la notificación del acto de adjudicación ha de estar motivada de forma adecuada” diciendo que para estimar que la notificación se halle adecuadamente motivada ésta ha de contener “la información suficiente que permita al licitador conocer las razones determinantes de la adjudicación del contrato a otra empresa, a fin de que pueda contradecirlas mediante la interposición del correspondiente recurso o reclamación adecuadamente fundado”⁷⁵¹.

Estimamos que una cosa es la motivación y otra la notificación, y lo que ha de estar suficientemente motivado es el acto, no la notificación, por ello es de precisar que el contenido de la notificación ha de recoger las razones que a su vez son parte de la motivación⁷⁵².

El contenido concreto de las notificaciones no aparece regulado, más que respecto de los actos de adjudicación previsto en el artículo 151.4 del TRLCSP, aparte de la regulación general contemplada en el artículo 58 de la LRJPAC, entendiendo que debe abarcar “las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión”⁷⁵³. Así por ejemplo, cuando el legislador señala en el apartado b) del primer artículo mencionado, que respecto de los licitadores excluidos, se realizará “exposición resumida de las razones por las que no se haya admitido su oferta”, tal exposición ha de entenderse en el sentido de no incorporar al acto notificado todos los extremos

⁷⁵¹ TACRC Rec. 197/ 2014 FJ 10; TACRC Rec. 006/2013 FJ 7; TACRC Rec. 79 y 88/2012 FJ 5; TACRC Rec.162/2011 FJ 4.

⁷⁵² TACRC Rec. 197/ 2014 FJ 10; TACRC Rec. 239/2011 FJ6.

⁷⁵³ Acuerdo TACPA 6/2012, de 31 de Enero.

determinantes de la decisión, siempre que la notificación contenga las razones que decidieron el descarte⁷⁵⁴. En modo alguno puede significar que la motivación de la exclusión tenga un contenido menos exigente que la de la adjudicación. Es más este mismo precepto especifica respecto de la exclusión que “la notificación deberá contener en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”, exigencia que obviamente debe entenderse referida tanto al caso en que la exclusión se notifique en el mismo momento que la adjudicación, supuesto que regula, como en el supuesto de que se notifique de forma autónoma y con carácter previo a esta⁷⁵⁵.

Por todo lo anterior, sostenemos y creemos que en el contenido de la notificación debe volcarse la motivación de la adjudicación, no siendo preciso que se incorporen a la notificación de la adjudicación todos los extremos determinantes de la decisión siempre que la notificación contenga las razones determinantes de aquélla y permita la interposición de un recurso⁷⁵⁶, considerándose ambas como figuras independientes y demarcada una de la otra.

Por otra parte, tal como analizamos al tratar el aspecto material relativo al contenido y a la suficiencia de la motivación, la motivación de los actos administrativos no precisa una extensión mínima o determinada, ni una exhaustiva y pormenorizada explicación de las razones, bastando una justificación escueta y concisa, siempre que se permita al destinatario del acto conocer el contenido, el sentido y el motivo de lo resuelto a efectos de posterior impugnación, dependiendo siempre, claro está, de las circunstancias concretas de cada caso. Por todo ello, en materia de adjudicación de contratos administrativos no se requiere siempre y necesariamente que se dé respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas, bastando con que sean objeto de específico tratamiento aquellas que resulten esenciales para comprender el sentido de la correspondiente decisión, así como las que tengan carácter fundamental y decisivo para la pretensión en cada caso ejercitada. El poder adjudicador ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el

⁷⁵⁴TACRC Rec. 076/2014; TACP Madrid Rec. 173/2014; TACRC Rec. 004/2012.

⁷⁵⁵ TACP Madrid Rec.221/2013, de 15 de enero.

⁷⁵⁶ TACRC Rec. 076/2014.

órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que atiende al hecho de que “un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso”. Por lo que continúa aclarando que “el candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”⁷⁵⁷.

El interés por perfilar el contenido adecuado de la motivación en este ámbito contractual en el que nos encontramos se cuela en la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo que aúna esfuerzos por recoger los criterios que deben actuar como elementos determinantes de la adjudicación y considerarla como validamente realizada.

Mientras en ocasiones se manifiesta de forma sintética al exponer que el contenido de la motivación ha de

“(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás”⁷⁵⁸.

En otras, en cambio se alude a dicho contenido de forma detallada declarando

” a) que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites

⁷⁵⁷ STJUE 28 de enero de 2010, Asunto C-406/08 Uniplex.

⁷⁵⁸ STS 17 Diciembre 2012 Rec. 3804/2010 FJ7.

impuestos a la actividad de los poderes públicos; b) que tal exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones; y c) que con esa exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en que ha consistido éste y cuales han sido los datos determinantes de la decisión”⁷⁵⁹.

El objetivo perseguido por la motivación en los procedimientos de adjudicación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados la información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión, a fin que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición del correspondiente recurso⁷⁶⁰.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales subraya que el acto de adjudicación se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene la información que permita al licitador interponer la reclamación en forma suficientemente fundada⁷⁶¹, no considerando como suficiente aquella motivación que “no contenga más elementos de juicio que los referentes a la puntuación de los licitadores”⁷⁶². En relación a ello se ha pronunciado también otros órganos de ámbito autonómico como el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que mediante acuerdo ha señalado que

“en la notificación de la adjudicación deberán incluirse las puntuaciones obtenidas por los licitadores en relación con todos los criterios de valoración no siendo suficiente incluir únicamente una puntuación global....siendo necesario además que conste la justificación de cada una de las puntuaciones obtenidas en cada criterio por todos los licitadores, así como la descripción de las ventajas de la oferta del adjudicatario que determinen su selección con preferencia al resto”⁷⁶³.

⁷⁵⁹ STS 23 Febrero 2012 Rec. 2832/2009 FJ 11; STS 8 Marzo 2012 Rec. 2836/2009; STS 29 Mayo 2001 Rec. 3937/1994 FJ 3.

⁷⁶⁰ TARC Rec. 093/2014; TACRC Rec.185/2011 FJ4; TACRC Rec. 023/2013 FJ7; TARC Rec.191/2013; TARC Rec.178/2014; TACR Rec. 004/2012 .

⁷⁶¹ TARC Rec. 093/2014; TARC Rec.191/2013; TARC Rec. 004/2012.

⁷⁶² TARC Rec. 178/2014.

⁷⁶³ Acuerdo 27/2014, de 12 de Mayo TACPA; Acuerdo 35/2012, de 21 de agosto TACPA.

No basta, por tanto, con reseñar la simple indicación en la motivación de la puntuación obtenida por los licitadores⁷⁶⁴. Una adecuada motivación requiere el desglose de la puntuación obtenida por cada oferta en cada uno de los elementos a valorar conforme a lo previamente dispuesto en el PCAP⁷⁶⁵. Esto es, debe contener la información sobre la valoración de todos los licitadores admitidos para que así puedan tener conocimiento de cuál ha sido la puntuación de los demás y por qué la oferta de la adjudicataria se ha considerado más ventajosa de acuerdo con los criterios aplicados. Se trata, en suma, que el candidato conozca no sólo las puntuaciones respectivas, sino también que tenga una información sucinta de la causa de la atribución de las mismas⁷⁶⁶.

En supuestos de adjudicación de concesiones para explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local, se consideran suficientemente motivadas los actos de adjudicación si en la resolución final se recoge el informe técnico -motivación *in allunde*-, y a raíz de tal, el particular conoce las razones concretas en que fundamentaron la adjudicación o denegación. Igual ocurre en supuestos de provisión de Administraciones de Lotería Nacional en los que se da por adecuada la motivación que fundamente la decisión, apoyada en el informe técnico y en los criterios concretos que justifiquen la puntuación otorgada a cada concursante⁷⁶⁷.

En supuestos de concurso para la adjudicación de concesiones de radiofusión sonora se invoca por parte de la jurisprudencia, en relación a la motivación, que ha de proporcionar los elementos necesarios para que el destinatario del acto administrativo pueda conocer suficientemente el razonamiento lógico y jurídico que ha conducido a la decisión de que se trate y ha considerado cumplido el requisito cuando se puede comprobar la objetividad de la actuación administrativa por la adecuación al cumplimiento de sus fines y especialmente en cuanto al resumen que hace de los requisitos de la motivación -expresión de las razones que determinan la preferencia otorgada a uno de los solicitantes frente a los demás concursantes; la improcedencia de suplirla por la simple fijación de puntuaciones; y que esta exigencia no comporta sustituir el criterio técnico de la administración sino conocer ese criterio y los datos

⁷⁶⁴ TARC Junta de Andalucía Resolución 20/2013, 4 Marzo; TACRC Rec. 239/2011; TACRC Rec. 305/2011 FJ 6.

⁷⁶⁵ TACP Madrid Rec.173/2014.

⁷⁶⁶ TARC Resoluciones 214/2011 y 58/2013

⁷⁶⁷ STS 29 Mayo 2001 Rec. 3937/1994 FJ 3; STS 2 Febrero 2000 Rec. 4490/1992, FJ 3; STS 21 Junio 2000 Rec. 1354/1993 FJ 2.

determinantes de la decisión⁷⁶⁸.

La exigencia de motivación debe quedar colmada con el contenido de la resolución o, en su caso, de los documentos del expediente a los que eventualmente pueda remitirse y que se acompañen a la misma en su notificación a los licitadores. Estimar, como hace en ocasiones el órgano de contratación, que basta con la posibilidad de acceso al expediente para adquirir la información precisa acerca de las razones de la adjudicación, sería tanto como vaciar de contenido la propia exigencia de motivación del acuerdo de adjudicación, pues sería indiferente cuál fuese su contenido, ante aquella otra posibilidad de solicitar y obtener acceso al expediente. La propia finalidad de la exigencia de motivación desvirtúa asimismo este argumento, puesto que precisamente se trata de que, a la simple vista de la información comunicada con la notificación del acuerdo, cualquier licitador pueda conocer las razones determinantes de que su oferta no haya sido aceptada como la más ventajosa. Cuestión distinta es que, tratándose éste de un vicio de mera anulabilidad, invocable solo ante la existencia de efectiva indefensión, no pueda aducir ésta aquel licitador que, a pesar de impugnar un acuerdo inmotivado, ha tenido conocimiento, por los medios que sean, normalmente el acceso a toda la documentación del expediente, de la información precisa para impugnar con plenitud de garantías, circunstancia que excluye la indefensión, pero no elimina sin embargo el vicio de falta de motivación del acuerdo de adjudicación⁷⁶⁹.

En otras ocasiones se ha abordado la misma cuestión analizando la relación entre la exigencia de motivación del acuerdo de adjudicación y el derecho de los licitadores a acceder al contenido del expediente bajo las siguientes consideraciones:

“Este Tribunal ha declarado en muchas ocasiones que, dada la finalidad instrumental del requisito de motivación (que, como se ha dicho, tiene por objeto permitir a los licitadores el conocimiento de las razones determinantes de la adjudicación, facultándoles interponer contra ella el correspondiente recurso en forma suficientemente fundada), en aquéllas ocasiones en que, no obstante adolecer la notificación de un evidente defecto de motivación, el licitador recurrente haya tenido acceso al expediente de contratación y, con ello, a los documentos en que obran las razones determinantes de la valoración de las distintas ofertas presentadas, debe concluirse en la inexistencia de indefensión

⁷⁶⁸ STS 26 Marzo 2013 Rec 2300/2011 FJ 4.

⁷⁶⁹ TACRC Rec. 965 y 9666/2014 Resol 947/2014.

material y, con ello, ex artículos 33 del TRLCSP y 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en el carácter no invalidante del defecto de motivación así padecido. En el caso que nos ocupa se tiene constancia de que la entidad recurrente ha solicitado el acceso al expediente de contratación, que se le ha reconocido el ejercicio de este derecho por el órgano de contratación y que finalmente su representante, el 4 de septiembre de 2014, ha tenido acceso al expediente y a los informes de valoración de las ofertas presentadas por los licitadores. Ahora bien, ello ha tenido lugar con posterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación, por lo tanto, si bien el acceso al expediente, en la medida en que haya sido efectivo, limita con carácter general la posibilidad del recurrente de alegar indefensión, no ocurre así en el presente caso pues aquel solo ha tenido acceso al expediente con posterioridad a la interposición⁷⁷⁰.

En otro orden de consideraciones, la obligación de motivar adecuadamente las adjudicaciones de los contratos se impone por el legislador dentro las normas generales sobre adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y como tal norma general, se aplica a todos los procedimientos de adjudicación, ya sea abierto, restringido, negociado o de diálogo competitivo, por igual, sin disminuir su intensidad en ningún supuesto, pues podría entenderse que en ocasiones, en procedimientos negociados en los que las empresas han participado mediante negociación real de los términos de la oferta, se le podría exigir cierta disminución en la intensidad de la correspondiente motivación. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ante un planteamiento similar se pronunció de forma clara no permitiendo una motivación más rebajada en rigor en un procedimiento que se ha adjudicado como un negociado ni considerando admisible la argumentación sobre la continua e intensa participación de las empresas durante la fase de negociación como forma implícita de conocer anticipadamente la motivación de la resolución de adjudicación⁷⁷¹.

De todo lo expuesto, la importancia de la motivación no es discutible pero a veces nos encontramos pronunciamientos jurisprudenciales con conclusiones contrarias, no porque mantengan doctrina diferente sobre su admisión sino porque no son los mismos elementos obrantes en las actuaciones los que determinan cada una de las adjudicaciones. Así en algunas se aprecia ausencia de motivación porque la propuesta

⁷⁷⁰ TACRC Resol. 702/2014, de 23 de septiembre; TACRC Resol.233/2012.

⁷⁷¹ TACRC Rec. 191/2013 FJ 6.

de adjudicación no acompañó la ponderación de los criterios valorativos del Pliego, mientras que en otras se da la existencia en las actuaciones de elementos suficientes para constatar las razones de la diferente valoración otorgada a las propuestas concernidas⁷⁷².

Volvemos a insistir en una adecuada interpretación del párrafo segundo del artículo 54 que deslinda la labor del órgano técnico, que consiste en valoraciones realizadas y apreciadas discrecionalmente desde un punto de vista técnico dentro de las bases del concurso, según la normativa de aplicación y la labor del órgano decisorio, que no le basta con hacer suyas la valoraciones contenidas en el informe ni sustituirlo sino en fundamentarlo.

Esa explicitación de la ponderación, no sólo ilustra al órgano decisor respecto de la forma en la que la Mesa ha aplicado los criterios valorativos reflejados en el Pliego, sino que constituye también la motivación de la Resolución decisoria del concurso cuando asume dicha Propuesta. Motivación que, además y en caso de impugnación, permitirá al órgano jurisdiccional valorar si los parámetros interpretativos aplicados por la Mesa se ajustan a los criterios de valoración establecidos en el Pliego posibilitando una revisión global de dicha actuación.⁷⁷³

Finalmente es conveniente apuntar otra posible situación que puede darse en el supuesto de no considerar adecuada alguna de las propuestas presentadas, siendo oportuno proceder a la declaración de desierto, entendida no como una potestad sin límites de que la Administración pueda hacer uso sin justificación alguna sino que requiere una motivación adecuada y suficiente. A pesar que la reivindicación de su presencia en supuestos de licitaciones desiertas es obvio por parte de la jurisprudencia⁷⁷⁴, en ocasiones se ha querido eludir el cumplimiento de la motivación en base a diferenciar la motivación exigida para la adjudicación de la motivación exigida para la declaración de desierto el concurso; diferenciación totalmente inoperante según se ha manifestado en reiteradas ocasiones en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales⁷⁷⁵.

⁷⁷² STS 26 Marzo 2013 Rec. 2300/2011 FJ 7.

⁷⁷³ TARC Junta de Andalucía 11/2012 .

⁷⁷⁴ STS 21 Junio 2007 Rec. 9483/2004 FJ 3; STSJ (Mad) núm.1649/2004, 2 Noviembre FJ 2.

⁷⁷⁵ STS 22 Diciembre 2003 Rec. 4705/1998 FJ 6; STS 11 Noviembre 2003 Rec.9138/1995 FJ 4; STS 20 Julio 2000 Rec. 3163/1996 FJ 3.

8.2.5. La necesidad de motivar el acto de desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.

Las entidades adjudicadoras no están obligadas a llevar a término el procedimiento de adjudicación si bien, toda la cancelación de la licitación debe estar sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que constituyen límites al ejercicio de dicha potestad discrecional de la Administración. El legislador contempla la posibilidad de renunciar la celebración del contrato junto al desistimiento del procedimiento por parte de la Administración, siempre y cuando no se haya producido el acto de adjudicación, exigiendo de manera explícita una “debida justificación” en el expediente de las razones que han conducido a tales situaciones.

En lo relativo al desistimiento, el TRLCSP se expresa en los siguientes términos, según el dictado del párrafo 4 del artículo 155 :

“El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación “.

El artículo citado no impone de modo expreso que el desistimiento se comunique de forma motivada, pero no es menos cierto que estableciéndose la exigencia de que se justifiquen en el expediente las razones del mismo, resulta consecuencia lógica de ello que tales razones queden explícitas y se pongan en conocimiento de los licitadores a través de la motivación. Es curioso que, así como el TRLCSP prevé expresamente en el artículo 151 párrafo cuarto, como ya hemos tenido ocasión de tratar, que la adjudicación deberá ser motivada, dicho texto no hace la misma previsión en los casos de renuncia y desistimiento de un procedimiento, limitándose a indicar que la decisión correspondiente a renunciar la celebración de un contrato previa convocatoria efectuada o reiniciar el procedimiento para su adjudicación, se deberá notificar a los licitadores y, en su caso, a la Comisión Europea, sin hacer referencia al contenido de la notificación.

La exigencia de motivación del acto de desistimiento viene establecida, en cambio, por el Derecho comunitario, conforme al cual deben interpretarse los preceptos de la normativa española sobre contratación pública. En este ámbito, el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la motivación de los actos que, como el desistimiento, suponen la cancelación de una licitación considerando que la exigencia de comunicar los motivos que conllevan a ello obedece precisamente al empeño de garantizar un nivel mínimo de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos a los que se aplica esta Directiva y, por lo tanto, la observancia del principio de igualdad de trato⁷⁷⁶.

La atención a esta cuestión se circunscribe únicamente a círculos europeos, debatiendo también nuestros tribunales administrativos si la decisión de desistir un procedimiento de licitación debe motivarse. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales declara que “el desistimiento del contrato debe notificarse a los licitadores indicando los motivos que lo justifican”⁷⁷⁷. Sus pronunciamientos parten de la premisa que el acuerdo de desistimiento de un contrato público debe comunicarse de forma motivada, manifestando o precisando que la motivación no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda sino que debe justificarse en el expediente como señala el artículo 155.4 del TRLCSP, admitiendo la motivación realizada por referencia o remisión a otros documentos, y con la garantía siempre del conocimiento por parte de los licitadores de las razones de tal decisión⁷⁷⁸.

En el mismo sentido incide el Consejo de Estado señalando que

“el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir

⁷⁷⁶ STJUE 18 de junio de 2002 (Caso Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plaunungs- Gesellschaft mbH (HI) contra Stadt Wien),

⁷⁷⁷ TACRC Resol. 20/2010, 1 diciembre.

⁷⁷⁸ TACRC Resol. 263/2012, 21 de noviembre.

y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”⁷⁷⁹.

La motivación de la causa que conduce a adoptar el desistimiento del procedimiento de contratación constituye un requisito fundamental de control de esta facultad discrecional de la Administración, requisito de vital importancia para determinar si la decisión del órgano de adoptar la decisión de poner fin a un procedimiento de contratación sin haber procedido a la selección del contratista se ha producido cumpliendo lo establecido legalmente, de ahí que el análisis de una motivación suficiente y adecuada no debe de excusarse siendo estricto los tribunales en su exigencia y cumplimiento⁷⁸⁰.

En un supuesto concreto de un contrato de suministro e instalación se decide desistir de la licitación mediante acuerdo con una escueta afirmación relativa a una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación sin mayor justificación, por lo que tal decisión es recurrida alegando, el afectado, que la falta de motivación le ocasiona una clara indefensión, vulnerando por tanto el principio de transparencia que debe regir la contratación administrativa. El Tribunal competente en este caso, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, estima el recurso en base que el desistimiento impugnado adolece de falta de motivación al no encontrarse ni en el texto del acuerdo comunicado al licitador recurrente ni a lo largo del expediente de contratación mención alguna de cuáles fueron las concretas razones que permiten el abandono del procedimiento en cuestión, manifestando por todo ello que

“no es sino en el informe remitido a este Tribunal con ocasión de la interposición del este recurso cuando el órgano de contratación relata por vez primera los concretos motivos de su decisión, razonando ya cual era, a su juicio, la infracción legal cometida, lo que, obviamente, no salva el vicio de falta de motivación que es de apreciar en el acuerdo de desistimiento adoptado, que debe, por tanto, resultar anulado por infringir el artículo 155.4 del TRLCSP, con retroacción de actuaciones a fin de que por parte del órgano de contratación se comunique de

⁷⁷⁹ Dictamen Consejo de Estado 22 Julio 2010

⁷⁸⁰ TARC Junta de Andalucía Resol.59/2015; Acuerdo 19/2013, de 31 de julio del TACP Navarra.

forma suficientemente motivada a los licitadores su decisión de desistir del contrato⁷⁸¹.

8.2.6. *El ejercicio del ius variandi requiere de la oportuna justificación.*

La potestad de modificación de los contratos, como excepción al principio de inalterabilidad se presenta como una de las prerrogativas más relevantes que sustenta el régimen de los contratos administrativos, al situar a la Administración en una posición de supremacía sobre el contratista, y aportar una peculiaridad de fondo propia de los contratos administrativos, que se materializa a través de las decisiones de la Administración contratante dirigidas directamente a provocar la modificación del contrato con la variación de las condiciones⁷⁸².

El *ius variandi*, objeto de reforma a raíz de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, Economía Sostenible, solo tiene aplicación cuando, una vez perfeccionado el contrato, sea preciso por razones de interés público alterar los elementos del mismo de forma que la ejecución se acomode a las nuevas necesidades surgidas, que hacen que el contrato en los términos inicialmente pactados no sirva a los fines que determinaron su celebración.

Sin constituir propiamente un incumplimiento del mismo, su virtualidad reside en que la permisibilidad del legislador para admitir la novación objetiva de elementos del contrato por razones de interés público debido a nuevas necesidades acaecidas o causas imprevistas, no acarrea la extinción del contrato. Ampara la modificación de las obligaciones asumidas por la Administración, sin admitirse una variación unilateral de las prestaciones debidas por ella, y si excepcionalmente así fuera, será preciso reestablecer el equilibrio financiero del contrato⁷⁸³.

Si bien las reglas del *ius variandi* son aplicables a todos los contratos restringiendo las modificaciones admisibles, es en los contratos administrativos donde la potestad de modificar unilateralmente los contratos adquiere más especialidad incrementándose las exigencias procedimentales. Los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los supuestos legalmente establecidos en el TRLCSP, se haya o no previsto tal opción de forma previa en los pliegos o en los anuncios de licitación. En éste último caso han de justificarse

⁷⁸¹ TACRC Rec. 076/2014 FJ 6.

⁷⁸² HORGUE BAENA, C. (1997): *La modificación del contrato administrativo de obra. Ius variandi*, Marcial Pons, pp. 23 y ss.

⁷⁸³ Art. 258 TRLCSP.

“suficientemente” la concurrencia de algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107.1 del texto citado⁷⁸⁴.

En el marco de la modificación de los contratos administrativos, la Administración también dispone de una potestad de suspensión unilateral, situación de la que levantará un acta en la que “se consignaran las circunstancias que la han motivado” según se desprende del tenor literal del párrafo primero del artículo 220.

En definitiva, la potestad *variandi*, al ser una potestad reglada que únicamente puede actuar en determinados supuestos por razones de interés público, obliga a la Administración a justificar la emergencia de tales circunstancias en el propio expediente que se instruya para la modificación mediante una adecuada motivación⁷⁸⁵.

En la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en concreto en el artículo 72, se procede a regular la “Modificación de los contratos durante su vigencia”. Cabe recordar que esta Directiva, en el campo examinado de la modificación contractual, presenta un carácter *ex novo*, por cuanto por primera vez la normativa comunitaria procede a regular la modificación de los contratos públicos, ya que con anterioridad, en las directivas sobre contratación (Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004; Directivas 92/50/CEE de 18 de junio de 1992; 92/36/CEE, de 14 de junio de 1993; y 93/37/CEE de 14 de junio de 1993), no se abordaba la figura. Es precisamente la jurisprudencia comunitaria la que ha ido marcando los contornos, límites y extensión exigibles en la modificación contractual y con base a ella se ha ido incorporando a la legislación de los diferentes Estados.

La Directiva supone una significativa flexibilización sobre el rigor tradicional que los tribunales comunitarios han venido aplicando en cuanto a la admisión de los supuestos de modificación. Ello conlleva plantear si el legislador español en la transposición de la Directiva opta por una unificación (lo que supondrá, tal como apuntamos, un alejamiento del rigor y limitaciones ahora vigentes), o por el contrario se limita a la señalada flexibilización, reduciéndolo a un ámbito cuantitativo de contratos.

La Directiva no se adentra en los aspectos procedimentales a seguir en la tramitación de la modificación contractual -será la legislación nacional la que lo aborde,

⁷⁸⁴ Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos

⁷⁸⁵ Dictamen Consejo de Estado 403/2006, de 4 de Mayo.

sin embargo sí resulta relevante la obligatoriedad de publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea la modificación, bien es cierto que no lo extiende a todos los supuestos previstos para la modificación contractual, sino que lo limita a los apartados referidos a obras adicionales que resulten necesarias y las que concurren determinadas situaciones que aconseja la modificación, o bien los supuestos de necesidades imprevistas y siempre sujeto a la presencia de determinadas circunstancias.

La Directiva ha sido objeto de críticas por profesionales de la Abogacía del Estado que resaltan determinadas aportaciones que permiten vislumbrar soluciones que en la realidad práctica se han venido echando de menos en cuanto a la delimitación legal del concepto de modificación, y que sin lugar a duda puede servir de sustento a una regulación uniforme que acoja y atienda las demandas y necesidades con que se encuentra el sector público en ejecución del contrato, y que la modificación no sólo puede satisfacer sino que se convierte en instrumento de mayor eficacia y eficiencia en el empleo de los recursos públicos⁷⁸⁶.

En este sentido se sitúa el apartado 1b), que sin entrar en un análisis pormenorizado de su dicción literal y en una interpretación en línea con la búsqueda de objetivos de eficiencia, permite la contratación de obras, suministros y servicio que resulten necesarios, siempre bajo el presupuesto de examinar la alternativa entre modificación o nueva contratación y que permite optar por la primera en la medida en que la nueva contratación “genera inconvenientes significativos”. Cabe resaltar que en este apartado, aun partiendo de una situación de “necesidad” (expresada como “resulte necesaria”) el objeto de la modificación se deslinda y diferencia de los supuestos de necesidad previstos en el apartado c) que responden en ese caso a situaciones de imprevisión. Dicho de otro modo, la necesidad puede servir de base a la modificación aun cuando no concorra el supuesto de imprevisión, siempre que la necesidad planteada y la solución que se aporta redunden en beneficio del interés público, ello claro está con la debida y necesaria motivación y justificación, tanto de la realidad de la necesidad, como de la correlativa solución adoptada.

Por lo demás, y en esta aproximación al examen del señalado artículo 72, se quiere destacar que se incluyen los supuestos ya previstos en nuestra legislación, referido a aquellos en los que se admite automáticamente la modificación en atención a razones de carácter cuantitativa.

⁷⁸⁶ CABRERA PADRON, C. (2014): “Comentarios sobre la regulación de la modificación contractual contenida en la Directiva Europea 2014/24/UE de contratación pública”, *Diario del Derecho*, Iustel.

En efecto el apartado segundo del artículo 72 permite por ministerio de la ley la modificación -sin necesidad de examinar si se incluye en alguno de los supuestos- cuando ésta es, por un lado, inferior a los umbrales previstos en el artículo cuatro (que fija los contratos a partir de cuya cuantía resulta de aplicación la presente Directiva) y por otro, lo que en definitiva supone que la Directiva se adentre, excepcionalmente, en un ámbito situado extramuros de la misma, y es que no sobrepase “el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.” Se llama la atención que el trasunto de nuestra legislación no viene a representar lo dispuesto en el artículo 234 de la LCSP y que se limita únicamente al contrato de obra, de tal manera que la Directiva lo hace extensivo también al contrato de servicio y de suministro, y además amplía respecto de estos dos últimos, el porcentaje al 15%.

En definitiva, como finalmente apunta el Abogado de Estado en excedencia, corresponde al legislador español, con motivo de la oportuna trasposición, y atendiendo al ámbito cuantitativo al que se circunscribe la Directiva, el establecer un régimen que permita combinar las cautelas y precauciones que la jurisprudencia comunitaria ha ido conformando con la mayor flexibilidad y dinamismo para la búsqueda de soluciones prácticas ante obstáculos propios de la ejecución contractual, y siempre bajo el marco del interés público y la defensa del principio de publicidad, concurrencia e igualdad de trato.

9. ACTOS QUE DEBAN SER MOTIVADOS EN VIRTUD DE DISPOSICIÓN EXPRESA.

9.1. Precisión terminológica.

Vigente la LPA de 1958 la exigencia de la motivación recaía sobre aquellos supuestos que debían serlo “en virtud de disposiciones legales” y a raíz de los primeros estudios, se interpretaba tal expresión tanto que cabía incluir todo tipo de disposiciones, incluidas las reglamentarias, manifestando que “es evidente que la propia Administración-en virtud de sus facultades normativas -puede obligar a sus órganos a motivar determinados actos”⁷⁸⁷ como que “las palabras “disposiciones legales” deben tomarse en el sentido de ley material, es decir innovadora, aunque formalmente sean Reglamentos”⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ DE LA VALLINA, J. L. (1967), *op .cit.*, p. 53.

⁷⁸⁸ GARCIA TREVIJANO FOS, J. A. (1991), *op. cit.*, p.153.

Amplía el legislador de 1992 con el último inciso del apartado f) del artículo 54 los supuestos en los que es obligatorio la motivación siempre y cuando vengan previstos en una norma de forma expresa y, no ya solo de rango legal, como también preveía el legislador de 1958, sino también de rango reglamentario.

9.2. Supuestos obligados de motivación por exigencia legal.

En la LRJPAC nos podemos encontrar supuestos en los que recae la obligatoriedad de motivar diferentes de los contemplados en la enumeración del artículo 54, y no por ello están exentos de ser motivados. Su obligatoriedad se recoge de manera expresa en el apartado f) *in fine* del mismo artículo 54.

La propia LRJPAC requiere la motivación en variados supuestos como la negativa a prestar asistencia entre Administraciones (art.4.3), el acuerdo de avocación (art.14.2), la denegación del ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros (art.37.4), el establecimiento de medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos para el desarrollo de una actividad (art.39 bis), la decisión de alterar el orden en el despacho de los expedientes (art.74.2), el rechazo de las pruebas propuestas por los interesados(art.80.3), la solicitud de informes no exigidos por precepto expreso (art.82.1), la respuesta de la Administración a alegaciones formuladas en un trámite de información pública (art.86.3), la resolución por la que se declara terminado un procedimiento por imposibilidad material de continuarlo (art.87.2) y la resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador (art.138).

Es curioso como algunos de estos supuestos han sido ubicados en el nuevo texto legal regulador del procedimiento administrativo, la Ley 39/2015, en el artículo 35 que, de manera similar al artículo 54 de la actual y vigente LRJPAC, recoge la enumeración de los supuestos exigidos de motivación. Tales supuestos hacen referencia a los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados-art.35.1.f)- y a los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas -art. 35.1.g)-.

Aparte de la LRJPAC, son muchas y variadas las leyes de ámbito sectorial que contemplan de forma expresa la necesidad de motivación de las decisiones administrativas; así la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la Ley de Aguas, la Ley de Patrimonio Histórico Artístico, la Ley de Expropiación Forzosa, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público....en la que la mayor parte de los supuestos contemplados por tales normas

especiales se incardinan en alguno de los demás supuestos contemplados en el párrafo primero del artículo 54 de la LRJPAC, no siendo necesario mayor desarrollo.

9.3. Supuestos obligados de motivación por exigencia reglamentaria.

No solo por ley se recogen supuestos necesitados de motivación, también se ofrece la posibilidad de que tal exigencia venga de la mano de una disposición reglamentaria, así el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJPAC, las normas reguladoras de los Procedimientos de otorgamientos, modificación y extinción de autorizaciones, recoge de manera expresa que las resoluciones de estos procedimientos serán siempre motivadas, reforzándose, como recoge la Exposición de motivos, “los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa y se posibilita una plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”⁷⁸⁹.

10. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL DEBER DE MOTIVACIÓN.

En determinadas ocasiones y no siendo lo habitual, el deber de motivar se debilita al quedar exonerada la Administración de aportar las razones que la han llevado a tomar una u otra decisión en los casos legalmente establecidos. Tradicionalmente se ha tratado de justificar dicha exención en la necesidad de salvaguardar la agilidad y la eficacia administrativa al considerar la motivación como un trámite que sobrecarga los procedimientos administrativos y entorpece la circulación de la información y decisión. Aún así, si la Administración dedica esfuerzos y recursos a lograr la aceptación de sus decisiones mediante un buen conjunto de técnicas de relación con los administrados como la información, la publicidad y otros, no se entiende la razón por la cual deba prescindirse de la motivación, que se presenta como “la más elemental de estas técnicas de persuasión, como medio de conseguir un mayor grado de eficacia”⁷⁹⁰, salvo en aquellas ocasiones que a efectos de información y publicidad no es aconsejable por situaciones de secreto y confidencialidad como ya dejamos apuntado en el capítulo anterior. Por ello desglosaremos algunos supuestos que permiten dejando entrever la exclusión del deber de motivar en cuestiones relativas a materias de extranjería y el deber de motivación por el Gobierno de los actos derivados del ejercicio de potestades graciabiles, cuestión ésta no exenta de polémica.

⁷⁸⁹ Art.3.2 RD 1778/1994.

⁷⁹⁰ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 23.

10.1. Denegación de visados para extranjeros.

En una primera aproximación a los procedimientos administrativos de extranjería podría afirmarse que la motivación sería exigible para todas aquellas resoluciones denegatorias, tal como se deduce con carácter específico del artículo 20 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por Ley 2/2009, cuando al referirse a tales procedimientos, el legislador de forma expresa señala que se respetarán en todo caso “las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley” y con carácter general del artículo 54 de la LRJPAC, al exigirse la motivación de los actos administrativos con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho cuando se limiten intereses legítimos o se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, como ya hemos tenido ocasión de tratar al comienzo de este capítulo.

No obstante debemos cuestionar la afirmación anteriormente apuntada debido a la remisión que ha de efectuarse al artículo 27 y que al enumerar en su párrafo sexto los supuestos de manera específica y excluyente necesarios de la correspondiente motivación establece una distinción entre las resoluciones denegatorias de visado que deben ser motivadas y las que no precisan de motivación, siendo tal eximente objeto de polémica doctrinal.

La denegación de visados de residencia para reagrupación familiar o por trabajo constituyen un claro ejemplo en los que la exigencia de motivación siempre ha estado presente, a pesar de las modificaciones efectuadas en la Ley, no generando duda alguna por parte de la jurisprudencia que de manera clara y expresa ha manifestado el deber de motivar las denegaciones de estos particulares visados⁷⁹¹.

En cambio, esta situación no es asimilable a los supuestos de expedición de visados de estancia o de tránsito, que con anterioridad a la reforma acaecida en el año 2009 al no incluirse en el artículo 27 como supuesto necesitado de motivación, junto a los visados de residencia y de trabajo, se entendían exonerados, por tanto, de tal exigencia legal. El artículo 27.6, en cuanto eximía las exigencias de motivación a una categoría de actos desfavorables para los interesados, ha generado fuerte polémica que alcanza su punto álgido cuando la ausencia de la total exigencia de motivación fue

⁷⁹¹ STS 23 Septiembre 2014 Rec. 278/2013 FJ 2; STS 27 Junio 2013 Rec. 3173/2012 FJ3; STS 20 Octubre 2011 Rec. 1470/2009 FJ 10.

objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional dejando constancia de una serie de declaraciones a raíz de la Sentencia 236/07 que son oportunas reflejar.

Por un lado, declara que la restricción de un derecho como la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero, dado que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros, argumentando a su vez que al no tratarse la denegación del visado de un acto que limite o restrinja el ejercicio del derecho fundamental, la motivación no es exigible pues recordaba que en determinados supuestos excepcionales, cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional⁷⁹²”.

Por otro lado y de forma contundente, debate acerca de la inconstitucionalidad del precepto que permite la ausencia total de la exigencia de motivación, por estimarse contrario al artículo 24.1 de la Constitución Española, proclamando su constitucionalidad en base a que la denegación del visado puede someterse a revisión jurisdiccional señalando que

“La inconstitucionalidad del precepto solo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues "con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE". Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales. (...) En consecuencia, debemos declarar que no es inconstitucional el apartado 5 del art. 27 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que le da el art. 1, punto 20 de la Ley Orgánica 8/2000, ni la remisión que a tal precepto se hace en el apartado 2 del nuevo art. 20 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción que le ha dado el art. 1, punto 14 de la Ley Orgánica 8/2000⁷⁹³”.

⁷⁹² STC 36/1982, de 16 Junio; STC 128/1997, de 14 Julio; STS 3 Diciembre 2010 Rec. 4223/2007 FJ 4.

⁷⁹³ STC 236/2007 de 7 de Noviembre FJ 12; STC 259/2007, 19 de diciembre; STC 267/2007, de 20 de diciembre; STS 9 Junio 2011 Rec. 5112/2007 FJ 3.

Decisiones posteriores del Tribunal Supremo corroboraron esta doctrina constitucional reseñada reafirmando que las denegaciones de visado que no fueran de residencia para reagrupación familiar o por trabajo por cuenta ajena siempre que se sometiera a la correspondiente revisión jurisdiccional y la Administración estuviera en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales no se consideraban como no procedentes ni arbitrarias por falta de motivación⁷⁹⁴.

A raíz de la Ley Orgánica 2/2009, que modifica la LO4/2000, la aplicación de la motivación en estos supuestos de visados de estancia y tránsito cambia de forma radical al ampliarse dicha exigencia para estos específicos visados, que haciendo uso de una interpretación estricta no daría cabida para ninguna exención, pues al no especificarse el tipo de visado de estancia abarcaría a todos los tipos, como visados de trabajo de investigación (art. 77), por cuenta ajena (art.67), estancia de estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 39) y por cuenta propia (art.106), entre otros, aunque es de observar que estos dos últimos visados el reglamento no menciona de forma expresa la exigencia de motivación, y podrían beneficiarse de la exclusión de la motivación.

Pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a las reformas producidas en materia de extranjería abogan por la motivación como se reflejan en supuestos relativos a visados de estudios⁷⁹⁵, de estancias de corta duración⁷⁹⁶, de residencia⁷⁹⁷ demostrando todos ellos, en definitiva, que en lo relativo a denegación de visados como supuesto clásico en el que se reflejaban en alguna de sus modalidades la exoneración del deber de motivación, la tendencia tiende a erradicar tal posibilidad, restringiéndose aun más el ámbito material de los supuestos indultados de la exigencia de motivación.

Por todo ello a modo de síntesis y atendiendo a lo legalmente prescrito podemos afirmar que el régimen general de extranjería vigente establece con claridad el deber de motivación de las resoluciones administrativas en materia de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito, deduciendo que para el resto de visados no sería aplicable la

⁷⁹⁴ STS 10 Mayo 2012 Rec. 332/2010 FJ 4; STS 30 Junio 2011 Rec. 3145/2008 FJ 4; STS 17 Noviembre 2011 Rec. 828/2009 FJ 4; STS 25 Noviembre 2011 Rec.5421/2007; STS 3 Diciembre 2010 Rec. 4223/2007 FJ 4.

⁷⁹⁵ STSJ(Mad) núm.691/2014, 20 Octubre FJ2.

⁷⁹⁶ STSJ (Mad) núm. 171/2014, 7 de Marzo FJ2.

⁷⁹⁷ STS 7 Abril 2014 Rec.4057/2011 FJ 3; STSJ (Mad) núm.1668/2013, 9 Diciembre FJ4; STS 22 Marzo 2012 Rec. 2260/2010 FJ5.

motivación quedando exentos de su cumplimiento, tal como mantiene una línea jurisprudencial fuertemente marcada y asentada que no duda de su constitucionalidad.

10.2. Derecho de gracia.

Nuestro ordenamiento prevé como una de las cláusulas de cierre del Estado de Derecho el ejercicio de la prerrogativa de gracia que desempeña una función de garantía última del sistema en aquellos casos en que la aplicación estricta de legalidad penal se aleja de la justicia material. El derecho de gracia es un acto del rey, refrendado por el Presidente del Gobierno o por el Ministro de Justicia, por el cual se remite total o parcialmente la pena impuesta, cuyo ejercicio efectivo reside, sin embargo, en el Gobierno.

El indulto, reflejo de una las manifestaciones de dicha prerrogativa, es una institución cuyo régimen jurídico está constituido fundamentalmente por la vetusta Ley 18 de Junio 1870, que en su redacción originaria establecía las reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto prescribiendo en el artículo 30, por una parte, el Decreto como forma que habrían de revestir las concesiones de indulto adoptadas por el Consejo de Ministros y, por otra que dicho Decreto habría de estar motivado. En 1988 la ley fue objeto de una desafortunada e inexplicable modificación al suprimirse la exigencia de motivación sustituyendo la expresión “decreto motivado” por “Real Decreto” resultando el siguiente tenor literal del artículo 30: “La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en Boletín Oficial del Estado”.

Sin ahondar en la posible existencia de una reserva constitucional a favor del Gobierno en materia de indultos que pueda estar fundamentada tanto en la función ejecutiva como en la función de dirección política, se deduce del texto constitucional su especial posición jurídica como órgano relevante con una participación decisiva en materia de gracia y entendiendo, a su vez, que a pesar de la naturaleza esencialmente política del acto de indulto, la referencia puntual a dicho acto en el estudio de la motivación de los actos administrativos es oportuna a tenor que en el procedimiento para denegar o conceder el indulto se exige una parte en la que el Gobierno ejerce una función de naturaleza administrativa que claramente está sometida al control de los tribunales, fundamentalmente aquél que se halla en conexión con el cumplimiento de condiciones y plazos de la ley que regula el indulto. Por otra parte, no cabe duda alguna que la concesión material del indulto o su denegación constituyen una facultad discrecional del Gobierno y que la decisión en sí misma y los motivos que impulsan al

Gobierno a su decisión final se hallan dentro del ámbito de la discrecionalidad política que obligan a que su decisión basada en fundamentos de partida ha de ser transparente sin encontrarse viciada por planteamientos contrarios a Derecho, de forma que “su margen de apreciación quede constreñido y delimitado, en su ejercicio de ponderación entre los distintos intereses jurídicos en juego por el marco de principios y valores superiores del ordenamiento jurídico”⁷⁹⁸.

La cuestión de la motivación del indulto ha sido objeto de atención por parte de la doctrina que se ha ocupado del derecho de gracia estimando inoportuno traducir la supresión del término “motivado” como la habilitación al Consejo de Ministros para poder desvincularse de la necesidad de explicar las razones que fundamentaron la concesión o denegación de la gracia, consagrando para algunos el hecho de dicha ausencia de motivación en la concesión de indulto “un autentico ámbito, no ya de discrecionalidad, sino de cuasiarbitrariedad”⁷⁹⁹. Autores que han profundizado en el estudio del indulto como LLORCA ORTEGA, manifiestan que la voluntad del legislador en la reforma del artículo 30 de la Ley del Indulto, llevada a cabo en 1988 ha de interpretarse en el sentido que a partir de dicha fecha el gobierno quede liberado de la obligación de motivar su decisión de indultar, pues “aunque se haya suprimido la exigencia expresa de motivación, el poder ejecutivo continua obligado a exponer las razones que le asisten para graciarse en virtud de otros preceptos, así concretamente el gobierno ha de motivar los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales de ahí que todo real decreto de indulto ha de expresar aunque sea sucintamente los motivos que han movido al consejo de ministros a proponer al Rey la concesión de gracia”⁸⁰⁰.

Por otra parte, de forma detallada y a raíz de un trabajo concienzudo sobre el indulto, GARCIA SAN MARTIN incide en la conveniencia de motivar las decisiones gubernativas que se adopten ante su concesión o denegación abogando en la tácita exigencia que reina en base a argumentos que trae a colación como la aplicación supletoria de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de Noviembre, reguladora del Derecho de

⁷⁹⁸ GARCIA MAHAMUT, R. (2004): *El indulto: un análisis jurídico constitucional*, Marcial Pons, p. 247.

⁷⁹⁹ ESPINA RAMOS, J. A. (2001): “Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante”, *Noticias jurídicas* Aranzadi, núm. 105, p. 2.

⁸⁰⁰ LLORCA ORTEGA, J. (2003): *La ley de indulto*, Tirant lo blanch, 3ª ed. p. 150.

Petición, la aplicación subsidiaria del artículo 54.1.f) de la LRJPAC y la extensión del artículo 14 de la Constitución Española⁸⁰¹.

La concesión de medidas de gracia adoptadas por el Gobierno es otro caso singular del que pudiera derivarse la exención del deber de motivar avalada por una línea jurisprudencial reiterada, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales, que no le resulta de aplicación “los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la LRJPAC, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno...”⁸⁰². Son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de denegación del derecho de gracia e indulto que son recurridos alegando falta de motivación, y en la que los Tribunales apuestan por una continuidad en sus argumentaciones sostenida en la exoneración del deber de motivar, entendiendo que el ejercicio del derecho de gracia de indulto se configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere y no resultan, en definitiva de aplicación los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la LRJPAC entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación⁸⁰³.

Con esta línea jurisprudencialmente asentada y a pesar que la tendencia actual es la de reducir la media de indultos concedidos, muchos han sido los indultos polémicos que han pasado de estar escondidos entre las páginas del BOE a la primera plana de la actualidad política provocando a su vez cierta alarma social. En el pasado mes de julio se conoció la decisión del Gobierno de denegar indultos por delitos de corrupción destacando, entre ellos, el de Jaume Matas, condenado en marzo de 2012 por la Audiencia de Palma a seis años de prisión por seis delitos (entre ellos, prevaricación, malversación y tráfico de influencias) cometidos, durante su etapa de presidente autonómico; el de Baltasar Garzón, condenado por el Tribunal Supremo a 11 años de inhabilitación por prevaricar en la instrucción del caso Gürtel; el de Lluís Gavaldá, condenado a un año de cárcel por la trama de financiación ilegal de Unió Democràtica

⁸⁰¹ GARCIA SAN MARTIN, J. (2007): *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto vasco de Derecho Procesal.

⁸⁰² STS 23 Enero 2008 Rec. 144/2006 FJ 1; STS 11 Enero 2006 Rec. 248/2004 FJ 1; STS 16 Febrero 2005 Rec.109/2004 FJ; STS 27 Mayo 2003 Rec. 1064/2000 FJ4.

⁸⁰³ STS 23 Enero 2013 Rec. 443/2012 FJ 2; STS 25 Enero 2012 Rec.314/2011 FJ2; STS 12 Mayo 2011 Rec. 515/2010 FJ 2.

de Cataluña en el caso Pallerols; el de Julián Muñoz, condenado a siete años de prisión por malversación en el caso Minutas.

Estas decisiones no son exclusivas del Gobierno actual, pues baste recordar que una de las últimas decisiones tomadas por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, en pleno traspaso de poderes a Rajoy, fue el polémico indulto al banquero Alfredo Sáez, condenado por un delito doloso de denuncia falsa cometido cuando ocupaba la presidencia de Banesto y que el ministro de Justicia de entonces, Francisco Caamaño, elevó al Consejo de Ministros pese al informe en contra del Tribunal Supremo, que no apreciaba la “conurrencia de razones de justicia o equidad para la concesión del indulto”. Otros indultos célebres concedido a los socialistas José Barrionuevo y Rafael Vera fue aprobado en Nochebuena de 1998 por el Gobierno de Aznar y años después, en diciembre de 2000, el mismo gobierno indultó al juez Javier Gómez de Liaño junto a otras 1.442 personas, entre ellas varios condenados por el caso Filesa, alegando el año jubilar y la proximidad del fin del milenio⁸⁰⁴.

También han supuesto cierto desgaste para el Gobierno actual el indulto concedido a dos dirigentes de Unió Democràtica condenados por malversación de fondos públicos, el indulto a cuatro mossos del delito de torturas por el que tenían que ingresar en prisión y el concedido a un conductor kamikaze condenado a trece años de prisión tras causar la muerte a una joven que aparte de provocar fuertes críticas al Ejecutivo fue anulado posteriormente por el Supremo debido a defectos de forma en la tramitación del expediente relativa a la motivación que merece, por tanto, una atención aparte.

La Sentencia del Pleno de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2013 que anula el indulto del conductor suicida representa una novedad de primer orden en nuestra jurisprudencia y en la que puede apreciarse un notable esfuerzo de los magistrados integrantes de la Sala por ofrecer un razonamiento sosegado sobre las razones de sus diferentes posturas, concurrentes o discrepantes con la Sentencia del Pleno, incluidos en los 7 votos particulares, suscritos por 17 de los 36 magistrados integrantes de la Sala⁸⁰⁵.

La cuestión esencial en el caso parece residir en si el Gobierno puede indultar cuando los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal son contrarios al

⁸⁰⁴ Vid. CARRILLO DONAIRE, J. A. y GUICHOT, E. (2001): “Alcance, límites y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño)”, *RAAP* núm. 42, IAAP, pp. 226 y GARCIA MAHAMUT, R. (2004), *op. cit.*, pp. 247 y ss.

⁸⁰⁵ STS 20 Noviembre 2013 Rec. 13/2013.

indulto, pues cuando se impugna el Decreto de indulto cabe al Tribunal Supremo el control de los elementos reglados, conforme al artículo 2 de la Ley 29/1998 y aquí se produce la controversia fundamental en el seno del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, discutiéndose el alcance del control del ejercicio de la potestad de indulto y, en particular, el control de la motivación. En el fundamento 7º se dice textualmente:

“Así, en la STS de 29 de Mayo del 2013 hemos señalado que esta Sala “con reiteración viene expresando, a la hora de delimitar el alcance del control jurisdiccional contencioso administrativo de los acuerdos de indulto, que se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, esto es, a los aspectos reglados del procedimiento, concretamente, a si se han solicitado los informes preceptivos y no vinculantes que la Ley 1/1988 establece, sin extenderse a defectos de motivación ni, por supuesto, a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo”.

Igualmente (SSTS de 20 de febrero y 9 de mayo de 2013, RRCC 165 y 481 de 2012) se ha expuesto que “los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea *in integrum* y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución”.

Partiendo de esta base, la Sentencia considera que es posible controlar el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y especifica en su fundamento jurídico 8º que

“Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente — cuyo contenido no podemos revisar— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica. Lo que podemos comprobar es si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos

que constan en el expediente”.

El Decreto de indulto se anula al no señalarse las razones de justicia, equidad o utilidad pública exigidas por el legislador siendo contrarios los informes preceptivos pero no vinculantes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, debatiéndose en la Sentencia, no tanto en cuanto al núcleo de la decisión gubernamental, incontrolable al ser fruto de una potestad graciable, como en lo referido a la inexistencia de una fundamentación específica que, precisamente y a pesar de esos informes contrarios al indulto, permita sustentar en razones de justicia, equidad o conveniencia social la decisión del Gobierno de indultar a una persona determinada.

Lo que sí ha de destacarse es que tales motivos o razones justificativos del indulto nunca han sido exigidos a ningún Real Decreto de indulto, en el sentido de exigirles que contengan una motivación formal, siendo suficiente que la justificación del indulto resulte del expediente de indulto, de ahí que resalte por ello algunos votos particulares como el de Rodríguez-Zapata a tenor de la afirmación contemplada en el fundamento jurídico 8º de la sentencia cuando señala que ha sido “el propio legislador el que ha limitado la citada discrecionalidad a la hora de ejercer la prerrogativa de gracia, materializada en el indulto, estableciendo las razones a las que ha de responder el mismo, las cuales deben constar en el Acuerdo de concesión”. Esta afirmación final supone una auténtica novedad, que dicho magistrado disiente argumentado cinco razones y reflexionando sobre el hecho que la motivación formal es una exigencia pro futuro que no nace de la Ley sino de la Sentencia en cuestión y que con ella la Sala se aparta de la debida aplicación del sistema de fuentes del Derecho y se excede en su jurisdicción, al anular una medida de gracia por una exigencia no prevista ni en la Ley que habilita en forma positiva para el ejercicio del derecho de gracia ni en la jurisprudencia unánime de esta Sala.

El análisis jurídico de la sentencia reaviva la reflexión sobre otras cuestiones importantes, como la supuesta falta de relevancia de la reforma de la Ley del Indulto que tuvo lugar en 1988, al menos en lo que a la necesidad o no de motivación del Decreto de indulto se refiere, así, entre otros, ha tenido como efecto que el Gobierno haya incorporado a los Decretos de indulto una frase *ad hoc*, en el sentido marcado por el Tribunal Supremo. Así, en el Real Decreto 132/2014, de 28 de febrero, se concede el indulto parcial una vez “Visto el expediente de indulto de XXX (...), en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, [y]

estimando que, atendiendo a las circunstancias de la condenada, concurren razones de justicia y equidad” y revela que quizás sea el momento de modificar el régimen jurídico del indulto, de manera que se acomode a ciertas exigencias de la configuración constitucional del Estado social y democrático de derecho.

Todo ello , no ha hecho sino remover el deseo de una necesaria modificación de la ley de 1870 que regule el derecho de gracia con todas sus garantías, prueba de ello lo son las proposiciones de ley presentadas por diferentes grupos parlamentarios como el PSOE y el Grupo Parlamentario, que instan a modificar la Ley del ejercicio de la Gracia de Indulto, normativa cuya aprobación se remonta a 1870, que obligue al Ejecutivo a señalar “de manera expresa” los motivos por los que otorga la medida de gracia. Así, plantea que el controvertido artículo 30 asuma la siguiente redacción: “La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en real decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado, donde se recogerá, de forma sucinta las razones de justicia, equidad o utilidad pública que concurren en la concesión del indulto a juicio del Gobierno”.

Actualmente está pendiente de toma en consideración la Proposición presentada por el Grupo parlamentario Mixto en el Senado (622/000014) publicada en el Boletín oficial de las Cortes Generales el 12 de Marzo de 2015 que persigue un doble objetivo: poner fin al abuso endémico de la institución del indulto por parte del poder ejecutivo y garantizar la transparencia de cada una de las decisiones en la materia. La redacción propuesta del artículo 30 es similar al contenido de las anteriores proposiciones comentadas salvo que elimina el adjetivo de motivada con respecto a la forma que ha de adoptar la concesión del indulto, limitándose exclusivamente a hacer referencia a la forma de Real Decreto”, manteniendo por tanto la alusión a “las razones de justicia, equidad o utilidad pública que concurren en la concesión del indulto a juicio del Gobierno”.

Una nueva regulación es la única forma de acabar con la injerencia legal del Gobierno en otros poderes del Estado y de poner fin a la alarma social provocada por los últimos indultos concedidos. Corresponde a las Cortes Generales elaborar una ley que vincule el indulto a la opinión del tribunal sentenciador y que obligue al Gobierno a motivar la razón de que, en determinados casos, se impida el cumplimiento de sentencias firmes de los tribunales, que no otra cosa representan los indultos. Desde esta perspectiva, una regulación del indulto conforme con los principios constitucionales exige, la necesidad de motivación del indulto y para evitar que esa motivación sea mera

formalidad, prohibir que se conceda el indulto en contra de la opinión del tribunal sentenciador. Además, se debería excluir de la posibilidad de indulto determinados delitos graves que causan gran alarma social, entre ellos los de corrupción. De esta manera, el indulto seguiría siendo una facultad del Gobierno, pero limitada en cierto modo.

Asimismo, y para el supuesto específico de que el Consejo de Ministros se apartare de los informes emitidos por el Tribunal sentenciador, el Ministerio Fiscal y la autoridad penitenciaria o gubernativa, la necesidad de la motivación de los actos que pongan fin al procedimiento vendría avalada por sí sola por la aplicación del apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC el cual dispone: “serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (los actos) que se separen del criterio establecido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”. Entendiendo, como es obvio, que los informes del Tribunal Sentenciador y del Ministerio Fiscal no se dictan en ejercicio de una función sino materialmente consultiva.

En definitiva pudiera parecer que en la actualidad se produce una confusión acerca de la naturaleza del indulto como medida de gracia, su significación, sus contornos y sus límites que resulta insoportable e incompatible con la seguridad jurídica y la certeza del ordenamiento jurídico, que constituyen pilares básicos de un Estado democrático. Si la jurisdicción contencioso-administrativa, en este caso ejercida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, puede dejar sin efecto un indulto resultaría que efectivamente se trata de un acto administrativo (del Gobierno) y no de un acto de soberanía que la Constitución atribuye al Rey y a nadie más. La remisión al voto discrepante del magistrado Rodríguez Zapata despeja tales dudas al considerar que el derecho de gracia no es una facultad sustancialmente gubernamental, sino una atribución constitucional del Rey como Jefe del Estado .

“Cuando promulga en España la Ley de 18 de junio de 1870, para el ejercicio del derecho de gracia del indulto, el Rey era el Jefe Supremo del Gobierno y la primera jerarquía de la Administración Pública. Hoy el Gobierno es, en cambio, un órgano constitucional independiente y diferente del Rey, lo que comporta, según el autor del voto particular, tres consecuencias: 1) Afirmar que el indulto compete al Gobierno -que no al Rey- no se ajusta a la Constitución Española, que atribuye al Rey -que no al Gobierno- la prerrogativa de gracia; 2) Cuando el Rey expide un decreto de indulto actúa en una relación jurídico-constitucional con el

ministro que refrenda muy distinta de la que existe cuando expide los demás decretos acordados en Consejo de Ministros; y 3) La intervención del Rey en un acto jurídico significa la intervención del Estado en su unidad”.

Por ello, siguiendo textualmente al magistrado Rodríguez-Zapata, se puede atribuir formalmente al Rey, sin esfuerzo dogmático, la potestad de excepcionar la ejecución de una sentencia penal mediante la condonación en todo o en parte de la pena que se indulta y que ha sido impuesta por tribunales a los que compete exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La atribución al Rey del derecho de gracia se explica porque es el único órgano que sigue ostentando constitucionalmente “en posición” la condición de vértice de los tres poderes en nuestro Estado Social y democrático de derecho. “La justicia...se administra en nombre del Rey” y la interferencia que un indulto singular crea en las funciones constitucionales que tienen atribuidas hoy en forma exclusiva los tribunales del orden penal puede explicarse solo si es el Rey quien perdona la pena. Menguar la intervención formal del Rey y predicar el indulto como potestad sustancial del Gobierno nos conduciría, en forma irremisible, a cuestionar si sigue siendo constitucional el sistema establecido en la Ley de 18 de junio de 1870, pese a la intervención en la Ley 1/1988, de 14 de enero, del legislador constitucional de 1978. Estaríamos así abocados, como han apuntado algunos jueces, al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la vieja Ley de 1870 que recupera el carácter intrínsecamente polémico que no deja de caracterizar al indulto.

11. BREVE APUNTE DE LAS NOVEDADES DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA MOTIVACIÓN.

Ya comentamos al comienzo de este trabajo de investigación, en concreto en el primer capítulo, la oportunidad que ha dejado escapar el legislador con la aprobación de la nueva ley reguladora del procedimiento administrativo de constatar aspectos del régimen jurídico de la motivación que necesitaban cierto afianzamiento. Pese a ello, se contempla la ampliación material de los supuestos objeto de la exigencia de la motivación.

En el desarrollo de este capítulo hemos ido intercalando algunas de las novedades que trae consigo la Ley 39/2015 por la relación que mantenía con el supuesto concreto que analizábamos; así cuando tratábamos lo referente a la necesidad de motivación los actos que resuelven procedimientos de revisión de oficio de

disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje, aludimos la inclusión de motivar también aquellos actos que declaren la inadmisión de todos ellos, prevista en el apartado b) del artículo 35.

Como expusimos en líneas anteriores, la propia LRJPAC requiere la motivación no solo de los supuestos enumerados en el vigente artículo 54 de la LRJPAC sino también de otros supuestos que se enuncian de forma expresa a lo largo del articulado de la ley, como el rechazo de las pruebas propuestas por los interesados (art.80.3), la resolución por la que se declara terminado un procedimiento por imposibilidad material de continuarlo (art.87.2) y la resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador (art.138), los cuales han sido recopilados e incluidos en el nuevo texto legal regulador del procedimiento administrativo en el artículo 35 apartados f), g) y h). En este último apartado, junto a los actos que resuelven procedimientos de carácter sancionador, el legislador aúna, por un lado, las propuestas de resolución en los procedimientos sancionadores, que al tratar los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos ya comentábamos la conveniencia de su motivación y, por otro, los actos que resuelven procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Otra mejora producida que el legislador introduce en la nueva Ley es la motivación de la realización de actuaciones complementarias prevista en el apartado e) del artículo 35 junto a la motivación de los actos que acuerden la ampliación de plazos y apliquen la tramitación de urgencia, supuestos estos ya reconocidos. La labor que queda pendiente afecta a la determinación del concepto actuaciones complementarias

Finalmente, un supuesto totalmente novedoso que contempla la Ley 39/2015 hace referencia a la obligatoriedad de motivar los actos que acuerden el desistimiento por la Administración en los procedimientos iniciados de oficio. A pesar que la posibilidad de que la propia Administración desista de la continuación de un procedimiento iniciado de oficio no ha sido contemplada por la LRJPAC, la jurisprudencia la ha entendido que debía de admitirse pues si la Administración puede a la vista de información reservada, acordar la no iniciación de un procedimiento, tanto más podrá acordar el archivo de las actuaciones sin llegar al acto terminal de fondo, cuando llegue al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate⁸⁰⁶.

De forma expresa y clara, el legislador permite a la Administración desistir en

⁸⁰⁶ STS 26 Abril 2013 Rec. 2314/2010.

los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes, exigiéndole de manera expresa que lo haga “motivadamente” tal como se refleja en el apartado g) *in fine* del artículo 35.

CAPITULO V.- LA ARTICULACION DEL DEBER DE MOTIVACION

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: MODALIDADES DE MOTIVACIÓN

Si tomamos como punto de partida el hecho que la motivación debe ser capaz de expresar “la operación de subsunción que constituye la técnica describiendo unos hechos que encajan en un presupuesto de hecho establecido en una norma jurídica y aplicando las consecuencias previstas en dicha proposición normativa cuando tal presupuesto de hecho acontece”⁸⁰⁷, no nos bastaría con afirmar que en la aludida operación solamente se haga referencia a una “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” sino que como ya ha quedado tratado anteriormente tal referencia debe ser a hechos y fundamentos de derecho concretos y suficientes para poder extraer de ellos las verdaderas razones que sustentan la decisión administrativa adoptada de forma procedente.

En la práctica administrativa parece que se flexibilizan las reglas estrictas de fundamentación razonada de la actividad producida, al observarse que no solo se admite con carácter excluyente la referencia acertada y suficiente a hechos y fundamentos de derecho contenidas en el propio acto administrativo sino que tales referencias también pueden encontrarse en el propio expediente. Las referencias a informes o dictámenes que preceden a la decisión administrativa y que sirven de sustento argumental cuando se entiendan incorporadas al texto de la misma, son reconocidas como otra posible modalidad de motivación. De ahí que, en un principio, puede hablarse de una motivación contextual y una motivación no contextual o por remisión.

Todo ello nos hace cuestionarnos acerca si existe un momento concreto, más oportuno que otro, para realizar la motivación o si nos debemos circunscribir única y exclusivamente a alguna fase concreta del procedimiento o, incluso, ser más laxos y entender que pueda darse en el transcurso del *iter* del acto administrativo.

Por todo lo anterior y sin olvidarnos del papel tan significativo que representan las nuevas tecnologías aplicadas a la Administración, reflejaremos los diferentes modos de articularse la motivación atendiendo a dos factores: uno, el momento en que se cumplimenta la motivación y otro, la incidencia de la incorporación de las nuevas tecnologías en el quehacer administrativo.

⁸⁰⁷ GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 442.

2. ATENDIENDO AL MOMENTO EN QUE SE CUMPLIMENTA LA MOTIVACIÓN

El momento oportuno para efectuar la motivación recogiendo los motivos o razones en los que se fundamenta la resolución administrativa es una cuestión que no sabemos si consciente o inconscientemente, se ha querido silenciar.

La motivación no tiene reservado legalmente ningún momento concreto para ser efectuada. Su cumplimiento como exigencia legal por parte de la Administración puede resultar de diferentes momentos del proceso de elaboración del acto administrativo, ya sea en un momento anterior a la manifestación expresa de la voluntad administrativa durante el proceso de recogida de información, ya sea en el mismo momento de expresión de tal voluntad. La ubicación de la motivación según cuál sea el momento elegido va a provocar diferentes situaciones que repercutirán en la denominación de la modalidad. Otorguémosle a cada una nombre y apellidos, comprobando si su aceptación es unánime y resultan finalmente admitidas como conformes al Derecho.

2.1. Coetánea a la decisión final: motivación contextual.

En un primer momento, lo más deseable para el interesado sería una motivación contenida en el propio acto para así conocer de manera explícita y directa las razones que justifican la decisión administrativa adoptada, integrando generalmente el cuerpo del acto como parte de su contenido. De una manera clara y directa el interesado conocería los verdaderos motivos de la decisión administrativa, y así en el supuesto que no se recogieran sabría a qué atenerse y comenzar a poner en prácticas los medios impugnatorios para lograr tal conocimiento.

De todos los posibles y variados actos que puedan dictarse y dentro de ellos los supuestos que requieren de manera obligatoria la motivación, los relativos a los actos que afectan a derechos fundamentales apuestan en concreto por una motivación textual, para que quede así garantizado de una manera más eficiente y eficaz la defensa del interesado. Un claro ejemplo lo observamos con las resoluciones sancionadoras en el que la motivación acompaña a la decisión, mezclándose así menciones que forman parte de la decisión sancionadora en sentido estricto con otras propias de la motivación, como ya tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo tercero en el apartado dedicado al contenido de la motivación.

2.2. Previa a la decisión final: motivación por remisión o *in allunde*.

En la exposición de las posibles fórmulas empleadas para cumplimentar la motivación, quedo manifiesta la postura recelosa de la jurisprudencia en la admisión de fórmulas genéricas por el hecho de carecer de datos fácticos y jurídicos que posibiliten la necesaria contradicción y defensa del interesado; ni remisiones de carácter general ni a la normativa ni al contenido de preceptos van a servir como sustento argumental de decisiones administrativas adoptadas⁸⁰⁸. La cuestión que ahora tratamos, la remisión a informes o dictámenes, es bien distinta de la motivación genérica, pues las referencias que el interesado haga a alguno de los documentos aludidos le permite conocer las razones que fundamentaron la decisión, configurándose como otra posible modalidad de motivación, que curiosamente no se encuentra expuesta en el acto administrativo sino en el expediente.

2.2.1. Cuestiones derivadas de su expresa mención legal.

Esta segunda modalidad de motivación no contextual que se da al efectuar referencias a informes o dictámenes que preceden al acto administrativo, denominada motivación por remisión o *in allunde*, es presentada de forma expresa en la LRJPAC en su artículo 89.5, precepto nada novedoso, pues ya el legislador de 1958 lo contemplaba con el mismo dictado en su Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 93.3:

“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

Una de las peculiaridades que irradia esta modalidad se encuentra en el logro de una de las finalidades de la motivación, la finalidad cognoscitiva, por parte del interesado que no se da de forma directa como consecuencia de la lectura del acto administrativo sino de forma indirecta a través de la lectura de informes o dictámenes que preceden al acto administrativo, hallándose las razones en el propio expediente.

De inmediato nos surgen ciertos interrogantes de la dicción literal del precepto arriba transcrito, uno relativo a la necesidad de incorporar los informes o dictámenes de forma material o si basta con una simple remisión a tales informes o dictámenes para considerar adecuada la motivación, y otro referente al lugar dónde se encuentran los

⁸⁰⁸ STS 31 Mayo 2012 Rec. 3090 /2011 FJ 1; STSJ (Mad). núm.2417/2009, 17 Diciembre FJ 4.

informes o dictámenes, si en el propio expediente o si cabría hacer uso de informes hallados fuera del expediente.

Todo lo expuesto, nos obliga a desglosar esta técnica, por un lado, perfilando el término “incorporación” y, por otro lado, estudiando los distintos lugares de ubicación de los informes; ofreciendo en ambos casos, pronunciamientos jurisprudenciales que ayudan a esclarecer tales cuestiones planteadas.

A) La delimitación del término “incorporación”.

Bajo la vigencia de la LPA de 1958, la jurisprudencia entendía cumplido el requisito de la motivación por remisión cuando en la resolución se aceptaba e incorporaba al texto de la misma informes o dictámenes previos⁸⁰⁹. Esta modalidad se admitió por relación a documentos contenidos en el expediente, sin transmitir preocupación ni mayor interés respecto si la motivación se identificaba con el informe o dictamen o si reproducía, aunque fuera de forma parcial, el mismo.

Pese a tal laxitud en la interpretación del artículo, nos encontramos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que precisan de manera expresa el sentido literal del término incorporación ofreciendo una explicación en sentido amplio al señalar, por un lado, que “no ha de entenderse en su sentido material como de explícita transcripción literal sino más bien como referencia a los que en el expediente constan y que por hallarse a disposición de los interesados éstos tienen la posibilidad de conocer en cualquier momento”⁸¹⁰ y, por otro, que la motivación exigida en el artículo 43 de la LPA en cuanto “sucinta referencia de hechos y fundamentos que permita a los destinatarios conocer las razones por las que se denegó su petición, no precisa incorporar el contenido íntegro de los informes o dictámenes tomados en consideración cuando con independencia de los mismos es posible conocer las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó, sólo cuando el acto en cuestión carezca de toda justificación limitándose a aceptar el contenido de los informes y dictámenes, cabe exigir la incorporación de su texto en los términos previstos en el apartado tercero del artículo 93 de la LPA, pues el mencionado precepto se establece como medio subsidiario para paliar la falta de motivación propia”⁸¹¹.

⁸⁰⁹ STS 27 Abril 1983 RJ 1983/2851; STS 14 de Octubre de 1985 RJ 1985/5311 C 6.

⁸¹⁰ STS 31 Enero 1983 RJ 1983/379 C1.

⁸¹¹ STS 9 Marzo 1998 Rec. 4005/1990 FJ 1.

Aún más claro y explícito se manifiesta el Tribunal Supremo en una sentencia cuando considera que el informe que expresa la gravedad de la infracción cometida y es emitido por la Secretaría de la Comisión de Urbanismo, actúa como auténtico fundamento del acuerdo que se adopta justificando la decisión acordada, y que por preceder al acto administrativo “habría que entender incorporado a la resolución”⁸¹².

Centrándonos en nuestro actual derecho positivo y ateniéndonos a una interpretación literal del actual precepto 89.5 LRJPAC, el cual adopta, como ya se ha comentado anteriormente, la misma redacción del derogado 93.3 LPA, parece que sigue siendo imprescindible la incorporación del texto del informe o parte de él para considerar cumplida tal motivación. Por ello, debemos seguir insistiendo en la correcta exégesis del término y preguntarnos si con la simple remisión se entendería cumplido el requisito de la motivación o si sería necesario incorporar materialmente los documentos.

La jurisprudencia posterior a la LRJPAC no silencia estas cuestiones, sino que arrastrando el hilo conductor de las anteriores apreciaciones, se ha pronunciado en base a ella, aceptando la motivación por simple remisión a los informes o dictámenes que obran en el expediente, y lo matiza igualmente en el sentido de considerar que “si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante la técnica *in alliunde* satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”⁸¹³.

El Tribunal Constitucional despeja también tales dudas interpretativas manifestando que

“la remisión implica reproducir la argumentación del pronunciamiento judicial remitido en la resolución remitente, que es tanto como si se transcribiera íntegramente en el seno de esta última, por lo que dicha técnica (refiriéndose a la motivación *in alliunde*), en sí misma considerada, ni añade ni quita nada desde una perspectiva de garantía en comparación con la decisión que contiene explícitamente los razonamientos”⁸¹⁴.

⁸¹² STS 12 Noviembre 1987 RJ 1987/9208 FJ 1.

⁸¹³ STS 11 Febrero 2011 Rec.161/2009 FJ 5; STS 15 Enero 2009 Rec. 329/2005 FJ 2; STS 14 Octubre 2008 Rec. 679/2006 FJ 1; STS 12 Julio 2004 Rec. 88/2001 FJ 2 STS 7 Julio 2003 Rec. 6286/2000 FJ 2; STS 16 Abril 2001 Rec. 3671/1996 FJ 3; STS 14 Marzo 2000 Rec.3660/1996 FJ 6.

⁸¹⁴ Auto TC 207/1999.

De todo ello, podríamos concluir que la jurisprudencia aboga por una interpretación en sentido amplio del precepto, al no exigir que la incorporación consista únicamente en la “explícita transcripción literal” de los informes o dictámenes sino también en la “aceptación o referencia” de tales documentos que constan en el expediente⁸¹⁵. La motivación *in alliunde* se admite y se entiende conforme a derecho si se limita, en cuanto a su fundamentación, a la remisión de los argumentos recogidos en informes o dictámenes que haya en el expediente en tanto en cuanto el interesado puede conocer los motivos de la resolución con el acceso al mismo, evitando así su posible indefensión. La simple remisión al informe o dictamen se considera incorporación.

B) La ubicación de los informes o dictámenes: el acceso al expediente.

Visto lo anterior necesitamos seguir precisando y acotando términos y expresiones, que nos delimite mejor esta modalidad de motivación. La segunda de las cuestiones planteadas atañe a la determinación del lugar donde se ubican tales actuaciones de trámite: los informes o dictámenes, de los que hará uso el órgano sustantivo al fundamentar la resolución, incorporándolos o haciendo mera referencia de ellos, para así cumplimentar la motivación. Y ese lugar es el expediente.

El expediente administrativo es escogido como punto de partida para entender qué informes o dictámenes unidos o incorporados a él se pueden admitir como motivación en el supuesto concreto que ahora abordamos y al que se hace una continua referencia a través de diferentes dictados jurisprudenciales. Ni la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ni la Ley de Régimen Jurídico Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común ofrecen una definición expresa del término expediente, laguna que cubre la normativa local desde 1952 con el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones locales y que posteriormente refleja en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, entendiendo como tal al “conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las encaminadas a ejecutarla”. Tanto en esta norma de carácter reglamentario como en la LRJPAC se observan algunos preceptos que asimilan el término expediente al procedimiento generando cierta confusión terminológica; así mientras la normativa local considera al expediente como el antecedente y fundamento de la resolución administrativa que prejuzga la consecuencia de una resolución administrativa, por otra parte la LRJPAC equipara

⁸¹⁵STS 23 Noviembre 2011 Rec. 3638/2009 FJ 2; STSJ (Madrid) 28 Febrero 2001 Rec. 2474/1997 FJ 4.

procedimiento a expediente en la redacción de artículos como el 74, relativo a la ordenación del procedimiento y el 35, referente a los derechos del ciudadano.

El doble significado con el que las normas emplean el vocablo en cuestión en una escasa y dispersa mención normativa, es aclarado, entre otros, por autores como RIVERO ORTEGA que lo define como “el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado”, dando cabida así tanto a expedientes personales, procedimentales e informativos, que tienen en común el carácter preparatorio del criterio y la voluntad administrativa⁸¹⁶.

El expediente administrativo como herramienta de la Administración, tiene un sentido funcional y servicial que debe contener, en principio, todos los documentos sobre el asunto, y que aparte del acierto y eficacia administrativa, añade el mismo autor, “será útil para el control posterior de las actuaciones y decisiones”⁸¹⁷. Es conveniente que todas las actuaciones, aunque sean previas al procedimiento, deban quedar documentadas, así tanto la información dada por la Administración como la ofrecida por el interesado. En ciertas ocasiones el expediente electrónico, por sus características físicas, permite aplicaciones más complejas de realizar y permite ofrecer enlaces a toda la documentación relevante para la comprensión del asunto con un manejo simultáneo de los expedientes, al no tener una dependencia física del papel, facilitando, no sólo la intervención de las instancias de control sino el intercambio de información entre las Administraciones y los ciudadanos.

Una vez enunciado el expediente administrativo como lugar en el que se encuentran informes o dictámenes que sirven de motivación del acto administrativo al recoger las precisas y determinantes razones que lo sustentan y detallado su significado, interesaría precisar cómo accede el interesado al mismo para conocer tales argumentaciones. Este tipo de motivación opera en un principio, en base al conocimiento de las razones que se hallan en diferentes informes o dictámenes, no siendo admisible en aquellos supuestos que se produzca una remisión al expediente de la cual el interesado no pueda conocer las razones. Tal condición debe precisarse aún más, y así no debe entenderse cumplido el requisito de la motivación solo con la existencia de las razones que justifican la decisión del acto contenidas en los informes o dictámenes que obren en el expediente, motivación *in allunde*, y con la posibilidad de

⁸¹⁶RIVERO ORTEGA, R. (2007): *El Expediente Administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, p. 92.

⁸¹⁷RIVERO ORTEGA, R. (2007), *op. cit.*, p.104.

haber tenido conocimiento el interesado de tales, sino que también es necesario comprobar y despejar que ha tenido verdadero acceso a ello. Una cosa es el conocimiento de la razones y otra el acceso a ellas. La importancia del derecho de acceso recobra aquí su importancia⁸¹⁸.

Como deja entrever un sector doctrinal, en variadas ocasiones el interesado al no poder conocer los motivos del acto, necesita acceder al expediente, y no será hasta que se haya iniciado el proceso judicial de impugnación del acto administrativo, hasta que se interponga el recurso contencioso administrativo pertinente, cuando se le remita tal documento, de lo que se deduce, que en tales casos se le impone al administrado la carga de iniciar un proceso judicial para poder acceder al expediente y conocer de las razones que fundamentaron la decisión administrativa, pues hasta entonces no podrá conocer del contenido de la motivación y poder así garantizar su defensa⁸¹⁹.

La jurisprudencia considera aquellos supuestos que el interesado ha tenido conocimiento de los informes, pero no acceso como desprovistos de motivación, al recaer sobre él la carga de iniciar un proceso judicial. Así lo manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León cuando, en un supuesto de remoción de un puesto de trabajo, se refiere al recurrente que ha tenido

“conocimiento de tales informes con ocasión de la notificación de la Resolución acordando su cese, no habiendo tenido acceso a los mismos hasta la remisión del expediente administrativo tras la interposición del presente recurso jurisdiccional, por lo que en modo alguno puede estimarse que los mismos sean suficientes, a los meros efectos de la motivación *in alliunde* que ahora examinamos. Téngase en cuenta que para pueda estimarse motivado el acto administrativo mediante motivación por remisión, es preciso que el interesado pueda encontrar las razones que llevaron a la Administración a adoptar tal resolución, a través de los datos que con relación al mismo obren en el expediente administrativo, lo que no acontece en el supuesto ahora examinado”⁸²⁰.

⁸¹⁸ FERNANDEZ RAMOS, S. (1997)

⁸¹⁹ AYALA MUÑOZ, J. M. et al(2000): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, 4º ed. p. 381.

⁸²⁰ STSJ (Castilla y León) núm. 9/2012, 13 Enero FJ 6; STSJ (Castilla la Mancha) núm.10128/2004, 13 Octubre FJ 2.

Aún más podemos manifestar en relación al ejercicio del derecho de acceso y posibles interferencias que al darse interrumpirían el desarrollo de una correcta y adecuada motivación por remisión como la denegación expresa del derecho en sí que no permitiría al interesado el conocimiento de las razones justificativas. En este concreto supuesto habría que analizar las circunstancias de hecho en virtud de las cuales la solicitud no ha sido autorizada, pues como ya tuvimos ocasión de comprobar en el anterior capítulo, en ocasiones existen causas justificadas que permiten denegar el acceso total o parcial de la información tal como recoge la Ley 9/2013, denegación que a su vez ha de ser motivada por entenderse que puede limitar algún derecho del interesado.

Otros indicios que tambalean la funcionalidad de la motivación por remisión desencadenando su inoperatividad pueden surgir durante el trámite de audiencia, momento a partir del cual el expediente queda a disposición del interesado para examinar todo su contenido, y por tanto las razones. Tanto la ausencia del interesado en el aludido trámite como la omisión del mismo en sí constituirían señales proclives a la indefensión del interesado al no poder conocer éste las razones que sustentan la resolución final. En ambas situaciones sería aconsejable el traslado del informe o dictamen junto con la resolución administrativa adoptada garantizando así que el interesado tenga constancia de las razones que justifican dicha decisión.

En definitiva, lo importante y determinante es que el acto no aparezca desprovisto de razones suficientes para ser dictado, que éstas se expresen y exterioricen por la Administración y que el destinatario del mismo tenga acceso a ellas, tal como lo expresa el Tribunal Supremo

“en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "*in allunde* " satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”⁸²¹.

En otro orden de consideraciones, nos surge la disyuntiva si la limitación de la remisión a los informes o dictámenes se cierne a los que estén en el propio expediente, a

⁸²¹ STS 11 Febrero 2011 Rec. 161/2009 FJ 5.

los solicitados durante el procedimiento y emitidos según lo previsto en la LRJPAC o si también cabe la remisión de los que se encuentren fuera de cualquier otro que la Administración tenga en cuenta o incorpore al expediente y guarde relación con la decisión administrativa adoptada.

Si esto último fuera posible, no creemos sea conveniente generalizar que todos los informes o dictámenes que se encuentren fuera del expediente y se incorporen *a posteriori* puedan ser admitidos entendiendo así la motivación por remisión como válida y adecuada. Debemos ser cautos y admitir solo aquellos, que aunque estén fuera y se incorporen al expediente, además de guardar relación directa con el acto, también hagan referencia al concreto procedimiento administrativo en el que se encuentran.

Pese a ello la jurisprudencia es estricta en sus afirmaciones y consideraciones y no estima tal opción como posible. Así lo plantea un Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al no admitir como válida la motivación que se remite a un informe técnico en el que se basa la Administración para denegar una ayuda porque fue elaborado en otro procedimiento administrativo distinto y además no consta en el expediente, alegando que en supuestos de remisión a un informe técnico precedente es necesario que “tal informe ha de hacer referencia al concreto procedimiento administrativo en cuyo seno el acto impugnado recae, y no en otro aún cuando pueda guardar directa relación con el mismo y, por otra parte, el informe en cuestión ha de obrar en el expediente administrativo y debe poder ser examinado y, en su caso, combatido por el actor, pues de lo contrario éste puede encontrarse en indefensión al basarse la resolución administrativa en un documento desconocido para él”⁸²².

Finalmente es oportuno apuntar, que en cualquiera de los supuestos que es obligatoria la motivación, puede hacerse uso de la modalidad *in alliunde*. Ni el legislador ni los tribunales acotan el ámbito de actuación de tal técnica, observándose la remisión a informes tanto en supuestos de limitación de derechos subjetivos⁸²³, como en el ejercicio de potestades discrecionales⁸²⁴ y en aquellos de procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva⁸²⁵.

⁸²² STSJ (Cat.) núm. 843/2000, 18 Julio FJ 2.

⁸²³ STSJ (Canarias) núm. 5/2001, 6 abril FJ 5.

⁸²⁴ STSJ (And) núm. 3867/2011, 7 Noviembre FJ 2.

⁸²⁵ STS 14 Julio 2009 Rec.2610/2007 FJ 4; STS 16 Junio 2009 Rec. 4555/2007 FJ 1; STSJ (C.Valenciana) núm. 101/2005, 7 Enero FJ 2; STSJ (Mad) 28 Febrero 2001 Rec. 2474/1997 FJ 4.

2.2.2. Selección de pronunciamientos jurisprudenciales que avalan una admisión generalizada y condicionada de la motivación por remisión.

La motivación *in allunde* ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sin manifestar discrepancias ni contradicciones en lo referente a su validez, con la única puntualización que no ha sido una admisión directa, libre, sin limitaciones sino una admisión condicionada; condicionada a la existencia de las razones que sustentan la decisión final⁸²⁶.

Por un lado, el Tribunal Constitucional, que admite la dimensión constitucional del deber de motivación en supuestos excepcionales, afirma la validez constitucional, en abstracto, de la motivación por remisión y la acepta como motivación adecuada siempre que se permita conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial⁸²⁷. Por ello su admisión está condicionada al hecho que siempre “queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión y su fundamentación jurídica resulte una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad”⁸²⁸ y siempre que tal remisión se produzca de “forma expresa e inequívoca”⁸²⁹. A su vez, incide en la idea que tal motivación será válida si la cuestión sustancial de que se trate hubiera sido resuelto en la resolución o documento al que la resolución se remite⁸³⁰.

El Tribunal Constitucional no dubita al señalar que “una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”⁸³¹ y sigue apostando por la constitucionalidad de la motivación por remisión haciéndola presente al exigirse que se debe valorar “tanto las circunstancias que están presentes, implícita o explícitamente, en la propia

⁸²⁶ Tribunal Constitucional: SSTC 174/1987, STC 14/1991, STC 175/1992, 11/1995, 115/1996, 231/1997. Tribunal Supremo: STS 25 Junio 2012 Rec. 5160/2010 FJ 5; STS 14 Febrero 2012 Rec. 6123/2008 FJ 3; STS 23 Noviembre 2011 Rec. 3638/2009 FJ 2; STS 20 Septiembre 2006 Rec.1811/2003 FJ 4. Previa a la aprobación de la LRJPAC se observa su admisión: STS 7 Abril 1956 RJ 1956/1452; STS 30 Mayo 1972 RJ 1972/3103; STS19 Enero 1974 RJ 1974/80; STS 4 Marzo 1987 RJ 1987/3500 FJ 3.

A nivel autonómico es generalizado su admisión: STSJ Navarra núm.1382/2001, 4 Diciembre; STSJ Madrid núm.2001/900, 28 Febrero FJ 4; STSJ (And) 14 Noviembre 2007 Rec.1115/2003 FJ 2; STSJ (Aragón) núm. 493/2000, 30 Junio FJ 4.

⁸²⁷ STC 174/1987, 3 Noviembre; STC 27/1992, 24 Noviembre; STC 150/1993, 3 Mayo FJ 3; STC 115/1996, 25 Junio FJ 2; STC 127/2000, 16 Mayo; STC 5/2002, STC 108/2001, 23 Abril; STC 171/2002, 30 Septiembre, FJ 2; STC 115/2003, 16 Junio, FJ 8; STC 308/2006, 23 Octubre; STC 17/2009, 26 Enero FJ 3; STC 59/2011, 3 Mayo.

⁸²⁸ STC 140/2009, 15 Junio, FJ 3; STC 212/2009, 26 Noviembre.

⁸²⁹ STC 150/1993; 115/1996, de 25 Junio FJ 2 b.

⁸³⁰ STC 202/2004, 15 Noviembre FJ 5.

⁸³¹ STC 174/1987; STC 146/1990, 1 de Octubre FJ 1; STC 27/1992, 105/1997; AATC 688/1986; STC 91/2004, 19 Mayo FJ 8; STC 15/2005, 31 Enero, FJ 5; STC 82/2009, 23 Marzo.

resolución combatida, como las que, no existiendo, constan en el proceso”⁸³² de forma que se puedan conocer las razones exteriorizadas de la decisión, a efectos de control o revisión de la razonabilidad⁸³³.

De otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también admite la motivación *in allunde* condicionada al hecho de que el interesado pueda conocer de las razones que llevaron a la Administración a adoptar una resolución a través de los datos que obren en el expediente administrativo y a los que haya tenido acceso⁸³⁴.

Esas “razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*”⁸³⁵ justifican la modalidad de motivación por remisión y es a partir de este argumento, como el Tribunal Supremo conecta con la motivación *in allunde*, manifestando de forma expresa que tales razones “ha de conciliarse con la ya expresada relativa posibilidad de motivación por remisión o *in allunde*”⁸³⁶. La existencia de tales razones y su conocimiento es necesaria por parte del interesado, sin olvidar que tal conocimiento implique acceso.

Otra argumentación, en este caso doctrinal y ratificada jurisprudencialmente para justificar esta modalidad de motivación, parte de la idea de “sistema” como fundamento de la motivación *in allunde*, entendiendo el procedimiento administrativo como “un todo orgánico, conexo e interrelacionado”⁸³⁷ en virtud del principio de unidad del expediente, a través del cual todos los informes, dictámenes o memorias que obran en el expediente, aunque no se incorporen en el texto de la resolución, se consideraran que los mismos forman parte de la resolución, debido a la unidad orgánica de los expedientes y a la interrelación existente entre sus distintas partes, cuando considerados como elementos integrados en un todo, rematado por actos que pongan fin a las actuaciones⁸³⁸.

Es esta línea de argumentación la que recoge el Tribunal Supremo en sus dictados al recordar que el acto administrativo no está aislado, sino que está en interrelación con el conjunto que integra los expedientes, a los que ha atribuido la condición de unidad orgánica “sobre todo en los supuestos de aceptación de informes o

⁸³² STC 121/1991, 3 Junio, FJ 2; STC 122//1994, 25 Abril FJ 4 ;STC 37/2002, 12 Febrero FJ 6.

⁸³³ STC 128/2011 de 18 Julio; STC14 Febrero 2012; STC 139/ 2000, 29 Mayo; STC 108/2001, 23 Abril.

⁸³⁴ STS 23 Noviembre 2011 Rec. 3638/2009 FJ 2.

⁸³⁵ STC 17/2009, 26 Enero; STC 108/2001, 23 Abril .

⁸³⁶ STS 14 Febrero 2012 Rec. 6123/2008 FJ 3.

⁸³⁷ STS 20 Junio 1959; STS 30 Mayo de 1966; STS 3 Febrero 1976; STS 11 Marzo 1978; STS 6 Junio 1980; STS 12 Noviembre 1987.

⁸³⁸ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 101 y ss.

dictámenes”⁸³⁹ y entendiendo cumplido el requisito de la motivación “cuando la resolución administrativa sea susceptible de integrarse con las actuaciones practicadas en el expediente y en el mismo se contengan todos los datos necesarios para decidir la cuestión conforme a las normas o criterios que resulten de aplicación”⁸⁴⁰.

Expuesto todo lo anterior, es oportuno dejar aclarado y constatado que mientras por un lado la jurisprudencia es benévola en una interpretación extensiva al admitir la motivación por remisión sin necesidad de transcribir literalmente los documentos, por otro, es tajante al declarar improcedente resoluciones por falta de motivación en supuestos en los que las razones no se reflejan instando a una remisión de los informes, a los cuales el interesado ha tenido conocimiento pero no acceso.

2.2.3. El supuesto clásico y legal de remisión a informes o dictámenes que obren en el expediente administrativo: algunas observaciones que precisar.

Siguiendo los dictados del artículo 89.5 LRJPAC la idea que la técnica de motivación por remisión, la motivación *in allunde*, solo pueda consistir única y exclusivamente en la remisión a informes o dictámenes no creemos haya de ser la única forma permitida, pues de la lectura de pronunciamientos jurisdiccionales se llega a la conclusión que tal precepto no queda acotado a lo previsto de manera expresa y literal por el legislador, sino también a otros supuestos como la remisión referida a la propuesta de resolución que trataremos en el siguiente epígrafe.

A) Cautela en la admisión de los informes como supuesto de motivación por remisión.

Se incorpore literalmente o se remita a él, es importante y significativo que la captación del informe es lo que hace que, en supuestos de motivación por remisión, éste deba considerarse como el fundamento de la resolución. Aunque no todo informe creemos, pueda admitirse conforme como tal fundamento, sino solo aquel que sirva de sustento, porque una cosa es que la motivación no venga en el acto sino en informes que le preceden y sirven de sustento argumental y otra, que los informes obrantes en el expediente sirvan para tal fin. Así se desprende de un recurso interpuesto contra una resolución administrativa que acuerda cese del puesto de trabajo alegando falta de motivación, al desconocerse las razones por las que se adoptó. Aunque la sentencia apelada reconoce la ausencia de motivación de la resolución impugnada y remite a los

⁸³⁹ STSJ (Castilla y León) núm. 9/2012, 13 Enero FJ 6; STSJ (Madrid) núm.2417/2009, 17 Diciembre FJ 4.

⁸⁴⁰ STS 3 Diciembre 2010 Rec. 4223/2007 FJ 1.

informes obrantes en el expediente para justificar que tales son suficientes para motivar el cese, la Sala del Tribunal considera que el acto impugnado no está motivado ni en su contenido ni por remisión al expediente administrativo, pues, por un lado, los informes que obran en el expediente no sirven para argumentar la decisión del cese, sino que sirvieron para la evaluación del puesto de trabajo y por otro, el interesado no tuvo acceso a los informes hasta que se le remitió el expediente administrativo tras la interposición del recurso jurisdiccional⁸⁴¹.

Muestra cierto interés el hecho de dejar constancia de los defectos formales de los informes y las consecuencias jurídicas que repercuten en la motivación. La remisión a informes imprecisos, escuetos, ambiguos, de contenido contrario y basados en normativa nula obliga a replantear la admisión de todos ellos como motivación *in allunde* válida y adecuada, como se desprende de diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

En un asunto relativo a los conciertos educativos, la remisión a informes previos de contenido contrario y basado en normativa nula, no es admitida como motivación por remisión adecuada

“En el presente caso, la motivación de la resolución administrativa impugnada hay que buscarla en el párrafo anterior a la parte dispositiva de la misma, donde se dice que «analizadas las circunstancias concurrentes, los emitidos y la propuesta de la Dirección General de Centros Docentes....

Pues bien, los emitidos y que obran en el expediente administrativo remitido a esta Sala, son todos ellos favorables a las modificaciones finalmente denegadas y, además, se basan en los criterios previstos en una Orden de 19 de noviembre de 1991 que, finalmente, fue declarada nula por este Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en una sentencia dictada por la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 1994, sentencia que, por lo demás, ganó firmeza.

Por tanto, hay que decir, por una parte, que los emitidos por los Inspectores de Enseñanza del propio Departamento demandado se basan en una Orden de 1991 que, en el momento de efectuar los citados, ya había sido declarada nula y, por otra parte, que dichos son todos ellos favorables a la concesión de las

⁸⁴¹ STSJ (Castilla y León) 13 Enero 2012 Rec. 101/201 FJ 6.

modificaciones solicitadas por lo que, mal puede la Administración basar la denegación de las modificaciones interesadas en unos que lo que hacen es considerar procedente su otorgamiento.

Naturalmente, ello coloca a los recurrentes en una situación de falta de conocimiento de cuáles son las razones y circunstancias que llevan a la Administración a denegar sus peticiones, por lo que, conforme a la doctrina jurisprudencial que antes hemos expuesto, efectivamente, concurre en este caso la falta de motivación denunciada por la entidad actora.

Por lo demás, no puede atenderse al razonamiento de la Administración consistente en que la simple remisión a la normativa aplicable cumple con el requisito de motivación, pues dicha normativa no comprende las razones concretas y las circunstancias tenidas en cuenta para denegar la solicitud de modificación de los conciertos, máxime cuando existen informes favorables todos ellos al otorgamiento de dicha modificación.

Finalmente, la Sala no puede entrar a declarar el derecho de los actores a que se dé lugar a la modificación de los conciertos en el modo solicitado por cuanto que, la anulación de la resolución administrativa por falta de motivación, únicamente supone que la Administración ha infringido su deber de motivar una determinada resolución administrativa, pero no de cual va ser el sentido de la misma, una vez se subsane dicho defecto, dictando una resolución debidamente fundada y razonada en Derecho ⁸⁴².

En otras ocasiones, en los que se debate la amplitud de los informes, el Tribunal Supremo difiere en sus pronunciamientos sobre la admisibilidad o no de informes escuetos como motivación por remisión

“Es respecto de este último "informe razonado" y la forma en que se ha emitido, la resolución impugnada declara desierta la plaza y no acepta la propuesta, al estimar que este informe que suma únicamente los votos de las dos pruebas, no se adapta a motivación se exige a la propuesta como juicio de valor que fundamenta su decisión, ya que además los anteriores informes son escuetos y de extraordinario laconismo, lo que impide indagar en las verdaderas razones de la

⁸⁴² STSJ (Cat) num 1333/2000, 9 Diciembre FJ 3.

propuesta, las causas de valoración de los candidatos de carácter objetivo para poder rebatirlas⁸⁴³”.

“...en la Resolución de la Dirección General de Transportes de la Generalidad de Cataluña, de 9-4-1985, en el primero de sus Fundamentos de Derecho se remite a los Informes del caso; informes estos que, aunque sucintos, están expresamente fundados...”⁸⁴⁴.

Pese a que en líneas anteriores quedo clara la postura jurisprudencial de admitir la simple remisión a informes que obren en el expediente como incorporación⁸⁴⁵, aún así existen algunos pronunciamientos en los que se exige materialmente la transcripción literal del informe, y su no adscripción trae como consecuencia la invalidez de la motivación.

“En el presente caso, la resolución de la Administración se fundó en el Informe de la Jefa de Sección de Disciplina Urbanística, en el cual se hace mención a su vez a otro informe de la Policía Local de fecha 13 de febrero de 1998 en el que se hacía constar la existencia de un número importante de accidentes en el tramo de carretera al que se refería la petición de licencia, que podían deberse a la cantidad de paneles anunciadores que reducían la visibilidad de los conductores o provocaban pérdida de la atención de los mismos sobre la conducción. La falta de incorporación al expediente del informe en que supuestamente se fundamentó la resolución recurrida conlleva que estimemos que la resolución impugnada carece de la necesaria y adecuada motivación, lo que a su vez comportará la estimación parcial del presente recurso procediendo la retroacción de actuaciones a fin de que se incorpore dicho informe, y se resuelva conforme a derecho⁸⁴⁶”.

⁸⁴³ STSJ (And) núm. 226/2010, 29 de Marzo FJ 3.

⁸⁴⁴ STS 20 Mayo 1992 Rec. 1354/1988

⁸⁴⁵ STS18 Febrero 1997 Rec. 13745/1991 FJ 4; STS 4 Febrero 2003 Rec. 8408/1998.

STS 20 Julio 2010 Rec. 22/2008 FJ 4: El Tribunal Supremo acepta como motivación la aceptación expresa de informes que aparecen en el expediente en un supuesto a raíz de una solicitud de asignación individualizada de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, después que se le reprochara en otras instancias que la resolución no estaba debidamente motivada por no adjuntar copia de cálculo aunque aparece en el expediente administrativo el concreto cálculo de la asignación individual. Es cierto que a la indicada carta no se adjuntó, como lógicamente debiera haberse hecho, una copia del cálculo antes referido, pero éste aparece en el expediente y ha sido perfectamente conocido por la representación procesal de la demandante al elaborar la demanda.

⁸⁴⁶ STSJ (Madrid) num. 1931/2004, 14 Diciembre FJ 4.

“Así resulta que la propia Sala de instancia admite que la referencia de la resolución administrativa al permiso de tipo D como relativo a servicios por cuenta ajena pueda ser un evidente error porque «no existen permiso de trabajo de la clase D para la prestación de servicios por cuenta ajena”.

“Es cierto que, con carácter general, no es necesario que los informes obrantes en el expediente se incorporen literalmente en la resolución administrativa, pero también lo es que el supuesto contemplado en el artículo 89.5 LRJ-PAC es el relativo a la aceptación pura y simple de informes o dictámenes, y en tal caso el texto de éstos ha de constar en la resolución en la medida en que lo exige la propia motivación para dar a conocer las razones de la decisión administrativa⁸⁴⁷”.

“En el caso presente la única motivación es la referencia al informe de la Comisión Informativa de Urbanismo. Este dictamen ni siquiera incorpora el informe base de la resolución Debe partirse de la base de que el artículo 89 apartado 5º establece que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Si bien es cierto que como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de febrero 2003 (RJ 2003, 1147) citando cabe hacer la motivación por referencia a los informes obrantes en el Expediente administrativo. La Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 (RJ 2003, 5995) “la posibilidad de que la motivación venga a ser sustituida por el hecho de que se incorporen al expediente administrativo los correspondientes informes, como ha ocurrido en el presente caso”. Acude, en definitiva, aunque no lo manifieste expresamente, a la motivación “*in alliunde*”, es decir, a “la aceptación de informes o dictámenes obrantes en el expediente procediendo en los acuerdos de que se trate debido a la unidad orgánica de los expedientes, y a la interrelación existente entre sus distintas partes, considerados como elementos integrantes en un todo, rematado por actos que pongan fin a las actuaciones”, aceptada dicha motivación por reiterada jurisprudencia de esta Sala -así, por todas, sentencia de 15 de febrero de 1991. Si bien esta doctrina está matizada por la reciente Sentencia de la sala

⁸⁴⁷ STS 19 Enero 2004 Rec. 410/2001 FJ 2.

Tercera del Tribunal Supremo de 19 enero de 2004 que señala que es cierto que, con carácter general, no es necesario que los informes obrantes en el expediente se incorporen literalmente en la resolución administrativa, pero también lo es que el supuesto contemplado en el artículo 89.9 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es el relativo a la aceptación pura y simple de informes o dictámenes, y en tal caso el texto de éstos ha de constar en la resolución en la medida en que lo exige la propia motivación para dar a conocer las razones de la decisión administrativa. En el caso presente entendemos que existe ausencia de motivación puesto que la resolución impugnada no recoge el texto del informe, y tampoco en la notificación de la resolución se acompañó dicho texto. Ello efectivamente afectaba a los derechos de los interesados y no puede entenderse subsanado dicho defecto en el presente⁸⁴⁸.

Por último, precisar que la revalorización de los informes es una cuestión presente en la variada actuación de los diferentes operadores jurídicos, como se desprende de la publicación de recientes leyes que aluden a los informes calificándolos como determinantes lo que generará importantes consecuencias en orden al posible supuesto en el que el órgano sustantivo se aparte de él, cuestión que ha sido tratada en el capítulo anterior relativo a los supuestos necesitados de motivación por imperativo legal.

B) La remisión a los dictámenes, una modalidad en alza.

Cualquiera que sea el tipo de acto no solo se cumplirá la exigencia de la motivación cuando se acepten informes sino también con la aceptación de dictámenes que cumpliesen la referencia a hechos y fundamentos de Derecho, ya que si éstos no cumpliesen unas condiciones mínimas de la motivación, no podrían transferir al acto que los acepte unas condiciones que ellos no reúnen.

La admisión de los dictámenes como motivación *in allunde* queda constatada en diferentes manifestaciones jurisprudenciales aceptando, en determinados casos, como falta de motivación la ausencia de dictámenes objetivos en que apoyar la resolución administrativa del supuesto, lo que *a sensu* contrario equivale a afirmar que de haberse

⁸⁴⁸ STSJ (Madrid) núm.1419/2004, 29 Julio FJ 5.

dado tales dictámenes se hubiera considerado la motivación como suficiente y válida⁸⁴⁹.

Es significativo comentar la presencia de esta modalidad concreta de motivación por remisión a dictámenes en supuestos de motivación de disposiciones generales y de actos administrativos tributarios, que no es objeto de nuestro estudio de investigación⁸⁵⁰.

Finalmente, apuntar como reseña que ambos supuestos tratados, tanto la remisión a informes como a dictámenes, y recogidos literalmente por el artículo 89.5 de la LRJPAC son de aplicación tanto a las resoluciones como a los actos de trámite. No hay razón, para entender que “cuando el órgano que instruye el procedimiento emite propuesta de resolución tenga necesariamente que expresar las razones de hecho y de derecho y no pueda aceptar y dar por reproducido un informe emitido anteriormente”⁸⁵¹.

2.2.4. Otros supuestos: la remisión a la propuesta de resolución y al acta de los acuerdos colegiales.

Aunque de manera expresa el párrafo 5 del artículo 89 se refiere únicamente a informes o dictámenes es obvio que también se entenderá cumplido el requisito de la motivación, como observan GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO, cuando la aceptación sea de cualquier acto de trámite que estuviese debidamente motivado. No solo consiste la motivación in aliunde en la posibilidad de remisión a informes como dice literalmente la ley sino también se proyectará en aquellos supuestos en los cuales el órgano administrativo sustantivo encargado de resolver se remite a la propuesta de resolución emitida por otro órgano. Realidad que se refleja en situaciones tales que junto a la resolución definitiva se emite una propuesta de resolución por órganos técnicos que auxilian al órgano decisor, el cuál debe asumirla o rechazarla.

Uno de los ámbitos donde se observa la total admisión de la modalidad de motivación con remisión a propuestas de resolución es en materia de contratación, en concreto las elaboradas por los órganos técnicos como la Mesa de Contratación. En un supuesto de contrato de gestión de servicio público, el Pleno del Ayuntamiento, mediante acuerdo, adjudica el concurso conforme a la propuesta realizada por la Mesa de Contratación, por lo que al no apartarse de ella asume su motivación, manifestando el

⁸⁴⁹ STS 22 Julio 2000 Rec.3822/1995 FJ 7.

⁸⁵⁰ Motivación de disposiciones administrativas de carácter general vid. STS 12 Diciembre 1989 RJ 1989,9403 FJ 2. Motivación de actos tributarios vid. STSJ(Murcia) 26 diciembre 2012 Sentencia.1089/2002,26 Diciembre Rec.763/1999 FJ 4; STSJ (Extremadura) 26 marzo 2003 Rec.159/2000 FJ 1 y 2.

⁸⁵¹ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op .cit.*, p. 1142.

Tribunal que tanto el Acuerdo de adjudicación como la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa

“tienen suficiente motivación acerca de las razones por las que realizaron la propuesta y la adjudicación del concurso a favor de Planigrama por remisión a los informes emitidos por el Director de Servicios del Área de Obras e Infraestructuras en fecha 12 de junio de 2002 en que se valoran la calidad técnica y el canon ofertado y el emitido en fecha 10 de junio de 2002 por el grupo de trabajo de la valoración de los criterios estéticos, informes que obran en el expediente administrativo, que son muy detallados y que han sido elaborados por un grupo de técnicos del más alto nivel integrados en tres grupos de trabajo en función de su distinta especialización. Por lo demás la recurrente ha conocido tales informes por lo que no ha padecido indefensión alguna y ha podido controvertirlos tanto en vía administrativa como en sede judicial, pese a lo cual no ha realizado alegación alguna ni ha aportado prueba alguna para desvirtuar la corrección técnica y valorativa de tales informes pretendiendo la nulidad de la Resolución impugnada con base a la improcedencia de su emisión, motivo que ya ha sido rechazado en el fundamento de derecho anterior”⁸⁵².

En un supuesto referente a la concesión para la explotación de programas del servicio público de la televisión digital terrenal local se admite tal modalidad de motivación *in allunde* pero no es considerada como válida por falta de motivación de la propuesta de la Mesa al no poder conocer los parámetros que han determinado la puntuación obtenida por la adjudicataria. La “explicitación de la ponderación”, dice el Tribunal “además de ir encaminada a ilustrar al órgano decisor respecto de la forma en la que la Mesa ha aplicado los criterios valorativos reflejados en el Pliego, elemento de juicio necesario para valorar la pertinencia de la Propuesta *"in genere"* y, consiguientemente, asumirla o rechazarla,

“constituye también la motivación de la resolución decisoria del concurso cuando asume dicha Propuesta. Motivación que, además y en caso de impugnación, permitirá al órgano jurisdiccional valorar si los parámetros interpretativos

⁸⁵² STSJ (Mad) núm.581/2006, 10 Julio FJ 4.

aplicados por la Mesa se ajustan a los criterios de valoración establecidos en el Pliego, posibilitando una revisión global de dicha actuación.

Esta ponderación de los criterios valorativos del Pliego - que ha de acompañar a la Propuesta - resulta imprescindible, aún más, en supuestos como el de autos donde algunos de los criterios de valoración establecidos en la Cláusula Decimotercera del Pliego permiten interpretaciones diversas, indiferentes jurídicamente en muchos casos, y ello porque aún cuando la elección entre esos posibles indiferentes jurídicos corresponda a la Administración- elección que quedará extramuros de la revisión jurisdiccional, salvo que resulte arbitraria o notoriamente errónea -, el control jurisdiccional encaminado a excluir todo atisbo de arbitrariedad o error manifiesto en la decisión impugnada ha de operar necesariamente sobre esa "ponderación de criterios indicados en los Pliegos....", motivación mínima imprescindible, justificativa de la baremación numérica, con la que el Legislador trata de garantizar ese control jurisdiccional⁸⁵³.

En este caso la Mesa de Contratación, al elevar su Propuesta no acompañó tal ponderación, desconociendo así la Sala y, por tanto también, el órgano de contratación que la hizo suya, los parámetros interpretativos de los criterios de valoración con arreglo a los cuales la Mesa baremó las distintas Propuestas, lo que impide formar la convicción del Tribunal acerca de la legalidad de las adjudicaciones impugnadas, imposibilitando el control jurisdiccional.

Por otra parte, en los procedimientos selectivos en los que se lleva a cabo una actividad evaluadora o de calificación, los informes emitidos por órganos específicos adquieren especial importancia como contenido de la propuesta de resolución, que será asumida posteriormente por el órgano sustantivo competente haciendo suya, entre otras, las puntuaciones asignadas y que servirá de motivación, siempre y cuando dicho informe esté suficientemente razonado y justificado permitiendo al afectado conocer las razones que han llevado a la Administración a adoptar la decisión final⁸⁵⁴.

En la misma línea de exposición, sin duda el entorno en el que se encuentran múltiples situaciones de las que se derivan la modalidad de motivación *in alliunde* con remisión a propuestas de resolución, es el sancionador debido al deslinde que se

⁸⁵³ STSJ (Mad.) núm. 2432/2008, 17 Diciembre FJ 5.

⁸⁵⁴ STS 16 Marzo 2015 Rec. 735/2014; STS 18 Diciembre 2013 Rec. 3760/2012; STSJ (Val) núm. 275/2013, 24 Abril.

produce entre el órgano que instruye y resuelve en este específico procedimiento, admitiéndose siempre y cuando la propuesta de resolución contenga los suficientes elementos explicativos de la agravación de la sanción para así justificar su decisión final.

“No cabe duda de que, en este caso, la motivación por asunción de una propuesta específica y determinada, inserta en un procedimiento reglado en el que ha participado el sujeto afectado, y cuyo texto se acompaña a la notificación de la resolución sancionadora, es plenamente regular y cumple satisfactoriamente con las exigencias de motivación que derivan del artículo 103.1 de la CE y de los artículos 54 y 89 de la LRJPAC”⁸⁵⁵.

Al igual que ocurre en aquellos supuestos en los que la fundamentación se encuentra en los documentos que obran en el expediente y a los cuales hay que remitirse para conocer los motivos de la decisión administrativa adoptada, como hemos comentado en el apartado anterior; en aquellos otros en los que el razonamiento se contiene en la propuesta de resolución que hace suyo el órgano decisor nada impide que en tales también puedan entenderse cumplida la exigencia constitucional y legal de motivación.

“admitimos que la exigencia de la motivación puede llenarse mediante la denominada motivación *in alliunde*, -por remisión a otros informes y documentos-, como así lo ha reconocido con reiteración la jurisprudencia, y si en este caso la resolución sancionadora se remite expresamente a la propuesta de la resolución, la conclusión que se adquiere si la citada propuesta contiene elementos explicativos de la agravación de la sanción, no puede ser sino la de estimar que la resolución está debidamente motivada”⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ STS 21 Diciembre 2005 Rec. 141/2003 FJ 5.

⁸⁵⁶ STSJ (Castilla y León) núm. 2534/2005, 3 Noviembre FJ 2.

La motivación contenida en propuesta del instructor del expediente sancionador a la que se remite expresamente la resolución sancionadora es plenamente admitida sin reserva por parte de la jurisdicción ordinaria⁸⁵⁷.

El Tribunal Constitucional, no deja pasar la oportunidad de pronunciarse acerca de la motivación por remisión a la propuesta de resolución, en un supuesto que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, a raíz de una resolución administrativa que motiva la expulsión de un extranjero del territorio nacional por carecer de documentación de residencia. Una vez interpuesto recurso contencioso administrativo, se le deniega el amparo al considerar que la resolución sancionadora, así como el conjunto del expediente al que se remite, sí justificaron la decisión de imponer a sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional. El Abogado del Estado entiende que en el presente caso debe denegarse el amparo, pues la expulsión está suficientemente motivada en el expediente, aunque la motivación no se consigne en la resolución sancionadora que, sin embargo la asume con las palabras “de acuerdo con la propuesta formulada” (motivación por remisión). En la propuesta se hace una relación de los antecedentes policiales que hace patente cuál es el criterio de graduación implícitamente utilizado por la Administración para aplicar la expulsión: el riesgo derivado de la estancia irregular del extranjero. Y son estos antecedentes los que las resoluciones judiciales han tenido en cuenta para concluir que la expulsión estaba bien motivada. Con lo que argumenta el Tribunal en su fundamento jurídico 5º que

“no podemos concluir que la resolución administrativa haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo. 24.1 CE) del recurrente, pues - como también destaca el Abogado del Estado- de la consideración del expediente administrativo en su conjunto se puede concluir que la resolución sancionadora, por remisión a todo lo actuado, sí justifica la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional frente a la de multa, ponderando las circunstancias del caso y lo alegado por el afectado en el trámite de audiencia.

En definitiva, la lectura de la resolución sancionadora, integrada con el conjunto del expediente al que implícitamente se remite, permite concluir que se exteriorizan las razones que conducen a la adopción de la decisión y que éstas no

⁸⁵⁷STSJ (Madrid) núm. 605/2014, 18 Julio FJ 2; JCA (Murcia) 30 Marzo 2007 Rec.683/2005 FJ 2; JCA(Murcia) 22 Junio 2007 Rec. 79/2006 FJ 2; STSJ (Murcia) núm. 589/2006, 28 Junio FJ 2; STSJ (Cat) núm.385/2006, 21 Abril FJ 2.

son incoherentes con los presupuestos objetivos y subjetivos, así como con los criterios de aplicación legalmente previstos para la aplicación de la sanción, quedando excluida la arbitrariedad de la decisión. En efecto, la procedencia de la expulsión se afirma tras tomar en consideración las alegaciones del recurrente (a las que se responde destacando que el alegado arraigo familiar no se acreditó en modo alguno en vía administrativa y que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas) y las restantes circunstancias concurrentes en el caso (su conducta antisocial, evidenciada por la múltiples detenciones por delitos graves), efectuando un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, respetuoso con los criterios de graduación de la sanción a aplicar en un procedimiento administrativo sancionador”⁸⁵⁸.

Por otra parte, otro ámbito material diferente al de contratación administrativa y al sancionador, avalan también como motivación *in alliunde* la remisión a propuesta de resolución, así en supuestos de responsabilidad administrativa y en supuestos de remoción de puestos de trabajo, no admitiéndose en alguna ocasión por no entenderla como suficiente debido al hecho de no adjuntar la propuesta a la resolución impugnada⁸⁵⁹.

Finalmente, sería conveniente incluir con un breve apunte lo relativo a la remisión del acta de los acuerdos colegiales como otro de los supuestos que abarca esta modalidad *in alliunde*, pues la motivación de los actos colegiales forma parte del contenido mínimo y necesario del acta, tal como apuntábamos en el capítulo anterior.

En resumen, esta modalidad de motivación *in alliunde* es admisible en aquellos supuestos en los que la remisión se haga tanto a informes, dictámenes como a propuesta de resolución, incluso al acta, sin olvidar su aplicación tanto a las resoluciones como a los actos de trámite. Se trata de una modalidad de motivación en la cual, no siempre la remisión al documento se produce de una forma generalizada y compacta al observarse ciertas variantes siendo la que hemos tratado la más usual en la práctica administrativa y que comprende todos aquellos supuestos en los que la remisión al documento, en el cual se basa la decisión final adoptada por el órgano administrativo, consiste tanto en la

⁸⁵⁸ STC 212/2009, 26 Noviembre.

⁸⁵⁹ STSJ (Castilla y León) núm 9/2012 FJ 6; TSJ (Cat.) núm. 385/2006, 21 Abril FJ 2.

incorporación literal del texto del informe o dictamen⁸⁶⁰ como en la simple referencia a ellos, ya sea de forma expresa, ya sea de forma tácita⁸⁶¹.

2.3. Motivación combinada: textual y por remisión.

En el desarrollo de la práctica administrativa, la elección de una modalidad u otra de motivación no siempre es clara y a veces tampoco está bien delimitada, encontrándonos, en ocasiones, supuestos que ofrecen ciertas peculiaridades al combinar diferentes modos de motivación, la motivación textual y la motivación por remisión. Dicha combinación es una variante un poco desnaturalizada de esta última, en la que no se da una simple remisión a informes o dictámenes en un sentido puro al 100%, sino que en tales casos en la motivación del acto es posible diferenciar dos modalidades: una, que consiste en la remisión a informes o dictámenes que obran en el expediente y otra, la textual, dada de forma explícita. Por un lado, el órgano sustantivo encargado de decidir, detalla de manera pormenorizada los motivos y razones en los que sustenta la decisión finalmente adoptada quedando estos a su vez incorporados a dicha resolución, al texto propio de la misma, si bien, por otro lado, puede que no todos los motivos o razones formen parte de tal incorporación y a alguno de ellos, para su conocimiento, se les remita a informes o dictámenes recayendo, por tanto, en el interesado la carga de conocerlos mediante el acceso al expediente como ya hemos tenido ocasión de comentar en líneas anteriores.

Un supuesto en el que se refleja esta combinación de modalidades es en todos aquellos que se produzca una discrepancia entre pareceres por parte de los órganos que participan en el proceso resolutorios. Así en asuntos relativos a operaciones de concentración de empresas, en las cuales el Tribunal de Defensa de la Competencia adquiere cierto protagonismo al estar habilitado para calibrar los efectos nocivos de las operación, se observa que parte de la motivación de los actos que versan sobre esta materia consistirá en una motivación por referencia, y otra consistirá en una motivación explícita que incluya la sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho. El

⁸⁶⁰ STS 19 Enero 2004 Rec. 410/2001 FJ 2: “..Es cierto que con carácter general, no es necesario que los informes obrantes en el expediente se incorporen literalmente en la resolución administrativa, pero también lo es que el supuesto contemplado en el artículo 89.5 LRJPAC es el relativo a la aceptación pura y simple de informes o dictámenes, y en tal caso el texto de éstos ha de constar en la resolución en la medida en que lo exige la propia motivación para dar a conocer las razones de la decisión administrativa”.

⁸⁶¹ STS 25 de Mayo 1998 Rec. núm. 5862/1992 FJ 2: considera idónea, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo -dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa-, la remisión explícita o implícita a los informes y documentación obrante en el expediente.

Tribunal de Defensa de la Competencia ha de emitir, en el curso del procedimiento, un dictamen preceptivo que eleva al Consejo de Ministros para que éste, a la vista de su contenido, resuelva lo que proceda. El acuerdo final debe incluir necesariamente la motivación que lo sustenta, tanto más cuanto se aparte del dictamen a partir del cual se adopta. Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano, quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es solo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo. En cambio si el Consejo de Ministros se conforma con el dictamen, basta con remitirse a él.

“En otras palabras, no es suficiente a estos efectos, como defiende el Abogado del Estado, que el acuerdo contenga una sucinta referencia general a hechos y fundamentos de derecho, sino que debe necesariamente incorporar la explicación de por qué se separa del dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia en aquello en que así lo haga. En realidad la motivación explícita resulta obligada tan solo respecto de las determinaciones que el Consejo de Ministros introduzca por sí mismo en contra o al margen del dictamen previo: para el resto, esto es, para aquello en que coincida con el parecer del órgano consultivo, basta la motivación por referencia y podría el Consejo de Ministros remitirse, sin más, al dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia que -siendo público desde la adopción del acuerdo, según ahora dispone el artículo 16 de la Ley 16/1989- explica ya con toda clase de razones por qué procede, y bajo qué términos, la concentración notificada”⁸⁶².

3. ATENDIENDO A LA INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: MOTIVACIÓN AUTOMATIZADA

3.1. Las Nuevas tecnologías como dimensión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento.

Nuestro tiempo se caracteriza por continuos cambios, transformaciones y revoluciones reflejados sobre las sociedades modernas que traen consigo el inicio de un nuevo periodo histórico denominado la Era de la información, cuyo “núcleo de la

⁸⁶² STS 7 Noviembre 2005 Rec. 65/2003 FJ 6; STS 2 Abril 2002 Rec.1585/2000 FJ 4

transformación que estamos experimentando en la revolución en curso remite a las tecnologías del procesamiento de la información y la comunicación⁸⁶³.

Fenómenos como la privatización, la globalización de la economía y de la sociedad, la europeización y la emergencia de la sociedad de la información se presentan como nuevos retos que afectan, entre otros, en su núcleo esencial al Estado. Este último fenómeno, la sociedad de la información, ha reemplazado a la sociedad industrial y comporta un proceso de alcance mundial de racionalización del Estado y de la sociedad en su conjunto y que caracteriza “el desarrollo de los mercados globales y de la civilización tecnológica, el cambio de valores sociales y la diferenciación funcional de las sociedades civiles en todo el mundo”⁸⁶⁴.

La sociedad de la información y del conocimiento, desde su dimensión más particular y emblemática con la incorporación de las nuevas tecnologías, se entiende como una sociedad informatizada que se desarrolla sobre la base de las tecnologías en la esfera de la comunicación e información. Planteamiento que requiere ser tratado desde una óptica más general pues, como apunta una consolidada doctrina, en especial la alemana, la sociedad de la información consiste en una revolución que trasciende la simple adaptación e implantación de las nuevas tecnologías, al representar también “una forma de economía y un tipo de sociedad postindustrial en la que el protagonismo de la producción y de la distribución de bienes parece desplazarse hacia una sociedad de servicios en cuyo centro se sitúa la obtención, procesamiento y distribución de información”⁸⁶⁵.

El Derecho Administrativo y la Administración Pública no son ajenos a estos fenómenos y han experimentado grandes cambios como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a la gestión administrativa y a las relaciones

⁸⁶³ CASTELLS, M. (2005): *La era de la Información: economía, sociedad y cultura.(I) La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid.

⁸⁶⁴PITSCHAS, R. (2006): “El Derecho administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico” en BARNES VAZQUEZ, J., *op. cit.*, p. 221.

⁸⁶⁵BARNES VAZQUEZ, J. (2006), *op. cit.*, p. 301. Vid. también en referencia a la Sociedad de la información y del Conocimiento, GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2009); BARNES VAZQUEZ, J. (2000): “Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la sociedad de la información y del conocimiento”, RAAP, núm.40, pp. 25-76; BARNES VAZQUEZ, J. (2007): “Sobre el Derecho administrativo de la Información” en *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 35, pp.3 y ss.; GARCIA MACHO, R. (2008): “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento” en BARNES, J. (2008), *op. cit.*, pp. 188-189; SANCHEZ ROYO, D. (2005): *Sociedad de la información y gobierno*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla; PIÑAR MAÑAS, J. L. (2007): “Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión”, en Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de derecho Administrativo (Actas del I Congreso de AEPDA), Thomson-Civitas, pp. 54 y ss.

entre la Administración y los ciudadanos⁸⁶⁶. En el seno de la Administración se han interiorizado las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento incorporándose en su quehacer diario con las correspondiente adaptaciones de viejos trámites, principios y técnicas, convirtiéndose así en “un instrumento para la modernización de la Administración, la racionalización del trabajo y la mejor comunicación con el ciudadano”⁸⁶⁷.

Las organizaciones privadas han sido las que con carácter general han asumido los novedosos avances tecnológicos que se han ido produciendo a lo largo de la historia, y una vez demostrada su eficacia para el desarrollo de las funciones propias, la Administración ha decidido adoptar las mismas innovaciones para la realización de la actividad administrativa con la garantía de que la incorporación de éstas supondrá un incremento de la eficacia en la función pública.

La función de la tecnología en el seno de las Administraciones Públicas se ha centrado, durante mucho tiempo, en facilitar formas de actuación administrativa, teniendo una relevancia interna sin transcendencia real en el proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo y posteriormente de su manifestación externa.

En el momento presente, la situación cambia en términos jurídicos, porque todas estas formas de actuación administrativa dejan de operar en el ámbito interno para concentrarse en la prestación externa de servicios al ciudadano, que pueden llegar a obtener auténticos actos administrativos utilizando estos procedimientos, que dejan de ser instrumentos relacionales para convertirse en formas complementarias de relación, articulando la producción de verdaderos actos administrativos. La característica fundamental de la normativa aprobada está en abandonar, como ámbito exclusivo de actuación, la actuación no formalizada para incidir en el ámbito procedimental puro y en consecuencia introducir las técnicas en el ámbito de producción y notificación de los actos administrativos.

⁸⁶⁶MESTRE DELGADO, J. F. (2003): “Nuevas tecnologías y Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 265-266; PUNZON MORALED A, J. (coord.) (2005): *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid; VALERO TORRIJOS, J. (2000): “Administración Pública, ciudadanos y nuevas tecnologías”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia; PIÑAR MAÑAS, J .L. (2007): “Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública” en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur menor; CHINCHILA MARIN, C. y AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (2001): “El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”, REDA, núm. 109, pp. 35-60; PALOMAR OLMEDA, A. (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor.

⁸⁶⁷ BARNES VAZQUEZ, J. (2006), *op. cit.*, p. 301.

La mayor eficacia que proporcionan las tecnologías de la información y las comunicaciones resulta evidente, puesto que incrementa la capacidad de recopilación y análisis de la información necesaria para el ejercicio de las competencias administrativas, permite agilizar las comunicaciones entre órganos y unidades administrativas, facilita la tramitación de expedientes y constituye un instrumento para tratar de cumplir con la obligación legal de resolver expresamente los procedimientos administrativos, sin que ello suponga una debilitación de los requisitos sustantivos de validez de los actos administrativos, ni pueda comportar una limitación de los derechos del ciudadano, por lo que hay que insistir en la transparencia que permiten las tecnologías de la información y comunicaciones para ofrecer mayor garantía para el ciudadano.

Comprobar que los medios tecnológicos van entrando en el ámbito de la actuación formalizada y sustituyendo procedimientos manuales produce la satisfacción de ver cómo el ordenamiento jurídico es capaz de evolucionar y poner soluciones en la línea del mejor servicio a los ciudadanos y de satisfacción de las necesidades de éstos.

3.2. La actividad administrativa automatizada.

La actividad administrativa ha sido objeto de muchas de las transformaciones que arrastra la revolución tecnológica e informática en la que estamos inmersos. Es evidente, que en el caso de la Administración el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación ha tenido efectos decisivos como se manifiesta en la creciente automatización de la actuación administrativa y la gestación de la Administración electrónica, como queda reflejado con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos-LAECSP⁸⁶⁸.

El esquema clásico de la actuación administrativa se ha podido mantener en el marco de una gestión informatizada, donde la informática se limita a auxiliar en la actividad administrativa-informática de gestión-, siendo un instrumento de apoyo que no condiciona de forma determinante el contenido del acto administrativo y dónde el titular del órgano mantiene un control pleno sobre la declaración emitida. Como consecuencia de la propia naturaleza de la informática se abre paso a la gestión automatizada que permite la toma de decisiones administrativas sin intervención humana directa -informática decisional-, en la que la utilización de instrumentos

⁸⁶⁸ GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2009).

informáticos incide de forma exclusiva en el sentido del acto administrativo no siendo tan clara la imputación del acto a la persona física titular del órgano, ya que el contenido del acto viene condicionado por el resultado de un proceso automatizado sobre el que, en un principio, no dispone de un sistema de supervisión directo y personal.

La completa automatización de la actuación administrativa tambalea la teoría del órgano, en virtud de la cual resulta imprescindible que la decisión adoptada pueda imputarse a un órgano administrativo concreto, que actúa a través de su titular: una persona física. La sustitución de la inteligencia humana por la artificial exige garantías del cumplimiento de los elementos sin merma de derechos: el conocimiento público del proceso intelectual artificial, siendo así, necesario plantearse cuáles son los requisitos que jurídicamente cabe exigir a la actividad administrativa en soporte electrónico, los límites que deben respetarse y el alcance de su regulación actual en la LAECSP.

Hasta la fecha, no se ha llevado a cabo un análisis que ponga en conexión la teoría general del acto administrativo con los requisitos que dicha Ley establece para la generación de actos administrativos en soporte electrónico. La Ley 11/2007 se limita a determinar las exigencias de carácter tecnológico y material que debe reunir la actividad administrativa en soporte electrónico, pero no establece las consecuencias jurídicas que se deben asociar a la infracción de tales exigencias, por lo que resulta necesario articular una teoría general de la validez de la actuación administrativa en soporte electrónico, indicando qué infracciones serían determinantes de vicios de invalidez y qué infracciones representarían meras irregularidades no invalidantes.

La Administración para dar cobertura a los supuestos de actividad administrativa automatizada debe adecuarse a una serie de requisitos tanto jurídicos como técnicos que sustentan dicha actividad y que recoge la LAECSP, constituyendo por tanto esta norma el marco jurídico vigente esencial el cual debemos tener como punto de referencia.

De entrada el legislador es reacio a recoger una expresa definición en el articulado optando por incluirla en el Anexo de la propia Ley como “la actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación”. Una explícita definición ayudaría a una correcta delimitación que evita su confusión con otras figuras como la actuación automática en la cual se enfatiza la actuación reglada sin margen de discrecionalidad administrativa y, en ocasiones, sin necesidad de manifestación de la Administración Pública.

Del reconocimiento legal y manifiesto de la producción de actos administrativos mediante sistemas de información adecuadamente programados exentos de intervención directa de persona física se derivan dos consecuencias relativa una, a la innecesariedad de identificar como autor del acto al titular de un órgano administrativo, de ahí que la LAE contempla sistemas de autenticación de la actuación automatizada sin exigir la autoría directa de una persona física, y otra, la necesidad de determinar quiénes son entonces los órganos encargados de programar el sistema de información, pues así se determina el contenido de los actos automatizados que se produzcan⁸⁶⁹.

La automatización de procesos no se puede trasladar a cualquier actuación administrativa, siendo más viable en el ámbito de las potestades regladas que en el ámbito de las potestades discrecionales. Por ello es conveniente precisar los efectos que se desprenden del acto administrativo, así cuando el acto administrativo tenga carácter estrictamente declarativo o certifique la efectiva producción de un determinado hecho, acto o circunstancia cabría admitir la completa automatización de la decisión administrativa, ya que el titular del órgano administrativo se limita a acceder a las bases de datos e incorporar la información obtenida al contenido del acto. En cambio, cuando el acto administrativo tenga efectos constitutivos de una relación jurídica es necesario atender al grado de discrecionalidad de que dispone el órgano competente, por lo que sólo en los supuestos de actuación reglada cabría aceptar su completa automatización.

En los casos en que se esté ante una actuación discrecional administrativa, el margen que dispone el titular del órgano para adoptar decisiones diversas igualmente válidas desde una perspectiva jurídica determina que los medios informáticos solo pueden emplearse como un mero instrumento de apoyo, correspondiendo en última instancia al titular del órgano valorar de manera directa y personal cada una de las opciones y elegir la que resulte más apropiada. Aún así cabría plantearse la automatización de decisiones administrativas en que, aunque se basan aparentemente en el ejercicio de potestades discrecionales, hay elementos reglados que condicionan el contenido de la resolución a dictar, como la competencia, forma, procedimiento.

La automatización debe quedar excluida de todos aquellos supuestos en que haya un elemento subjetivo o una valoración en la actuación administrativa, así los supuestos de declaraciones de juicio como la emisión de un informe jurídico.

⁸⁶⁹ Vid. PALOMAR OLMEDA, A. (2007) y LINARES GIL, M. (2009): “Identificación y autenticación de las Administraciones Públicas” en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.) (2009), *op. cit.*, p. 333.

Diferentes y variados ámbitos son objeto de actuación por parte de los actos administrativos automatizados, así como la contratación administrativa y materias relativas a lo tributario y de seguridad social⁸⁷⁰, junto los requerimientos, avisos y notificaciones administrativas así como muchos otros actos de tramitación de los procedimientos administrativos. Con respecto a la posibilidad de automatizar las notificaciones se pronuncia el legislador en el párrafo 2 del artículo 38 de la LAECSP, permitiéndolas “siempre que esté previsto”. Aparte de los actos resolutorios, los actos de trámite constituyen un ámbito de la actuación administrativa en que la automatización presenta varias posibilidades, por ejemplo requiriendo una subsanación de una solicitud que no reúne los requisitos necesarios para su admisión⁸⁷¹.

Expuestas las cuestiones previas relativas a la definición propuesta legalmente y sus ámbitos de proyección, otro asunto de interés recae sobre los requerimientos básicos para la automatización de la actividad administrativa que siendo materia propia del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no ha sido calificada como básica por la Disposición Final 1º, por lo que permite a otros titulares de la potestad legislativa, como las Comunidades Autónomas⁸⁷², que establezcan otros requerimientos de la actuación administrativa automatizada con normas con rango de ley. Al margen de la regulación legal de los aspectos básicos y el despliegue reglamentario correspondiente, sería conveniente un instrumento normativo de nivel inferior que regule los aspectos técnicos y que sepa adaptarse a los posibles cambios y modificaciones de tales circunstancias técnicas.

⁸⁷⁰ Así en el ámbito tributario, la habilitación se encuentra en el párrafo tercero del artículo 96 de la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre –LGT- y en el artículo 85 de RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, extendiéndose la posible utilización de la actuación administrativa automatizada a los actos resolutorios. En este ámbito se han generado manifestaciones embrionarias de actos automatizados, así como el levante aduanero, diligencias de embargo de cuentas bancarias, pujas en subastas administrativas.

En lo referente a la Seguridad Social, es de mencionar la Resolución de 12 de julio de 2010 del Instituto Social de la Marina y del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos en materia de protección por desempleo del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, que prevé la automatización, entre otras, de “solicitudes de alta y reanudación de las prestaciones contributivas por desempleo y de los subsidios por desempleo” y “solicitudes de prórrogas de los subsidios por desempleo”.

⁸⁷¹ La Ley 26/2010 de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña enumera una serie de supuestos o actuaciones administrativas automatizables.

⁸⁷² La Administración de la Generalitat de Cataluña ha concretado las condiciones de ejercicio de la automatización mediante previsión legal - artículo 44 de la Ley 26/2010 - como previsión reglamentaria - artículo 34 Decreto 56/2009-.

El legislador estatal habilita un precepto específico para recoger los rasgos básicos respecto a la automatización de procesos de cuyo tenor literal sobresale el papel significativo del órgano administrativo de las actuaciones administrativas automatizadas

“En caso de actuación automatizada se debe establecer previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, si ocurre, auditoria del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se tiene que indicar el órgano que tiene que ser considerado responsable a efectos de impugnación”⁸⁷³.

Estas actuaciones se producen directamente por medios electrónicos o informáticos debidamente programados, donde se observa que el elemento personal no se da. Hay autores que cuestionan si la voluntad humana es esencial para la producción de actos administrativos rechazando la posibilidad de automatización porque consideran que los actos administrativos, en tanto son declaraciones de voluntad, no pueden provenir de las máquinas.

Aparentemente con la automatización desaparece la voluntad humana, pero en realidad lo que ocurre es que tal no desaparece sino que se adelanta manifestándose en un momento anterior mediante la programación que se debe confeccionar y aprobar con carácter previo a la automatización del acto de que se trate. La realización de tal programa por personas habilitadas o capacitadas legalmente, es decir, competentes, permite entender que la actuación administrativa automatizada se considere como la exteriorización de una voluntad humana, de un órgano administrativo competente a estos efectos. Intervención humana existe tanto en la decisión de automatizar, en el establecimiento de las condiciones informáticas de producción del acto como en la supervisión del cumplimiento adecuado de tales condiciones.

La habilitación legal que permite la automatización de procesos ha de completarse con las exigencias generales de respeto del ejercicio competencial por parte del órgano que debe tomar la decisión que se manifiesta a través de su titular, requiriendo a su vez su identificación y autenticación⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Art. 39 Ley 11/2007.

⁸⁷⁴ Es recomendable, en primer lugar, definir una normativa de firma electrónica que determine cómo se debe generar la firma de los actos automáticos, con qué certificados, qué controles se aplicarán para

La Ley 30/92 dispone, como regla general, que la competencia del órgano es irrenunciable y la ejerce el órgano que la tiene atribuida legalmente, salvo excepciones. Considerándose como una manifestación de la potestad autoorganizativa, cada Administración en el ámbito de la actuación administrativa automatizada, puede adecuar su estructura organizativa a la existencia de un órgano que, programado debidamente, produjera actos administrativos de manera automatizada.

Atendiendo al hecho que la LAECSP asume la exigencia general del respeto a la competencia, es apropiado diferenciar la competencia para automatizar de la competencia para determinar cómo automatizar. Mientras la primera supone una decisión discrecional del poder público que decide qué actos administrativos son susceptibles de automatización realizándose de forma previa a la automatización en sí, valorando riesgos para que implique una mejora de la eficiencia administrativa; la segunda instrumentaliza tal automatización, concretando las condiciones jurídicas y técnicas de automatización con una programación lógica y de codificación que garantice que el acto administrativo es correcto, completo, suficiente y no discriminatorio siendo necesario resolver aspectos concretos como la firma electrónica a utilizar y los certificados de sello automático.

3.3. La motivación del acto administrativo automatizado.

La actuación administrativa automatizada produce un acto administrativo sometido a unos requisitos de validez y de eficacia que son los mismos tanto si nos encontramos ante actos administrativos de naturaleza presencial como realizados por medios electrónicos. Se traslada al campo de la programación informática los elementos subjetivo, objetivo, teleológico y formal que integran el acto administrativo correspondiente y se garantiza que responde a la misma finalidad de que correspondería

verificar los permisos y privilegios, si la firma se sellará con la fecha y la hora, de qué manera se verificarán los certificados, qué algoritmos se podrán utilizar para firmar y qué quiere decir legalmente el acto de firmar y qué controles de software se aplicarán para garantizar la autenticidad de la voluntad del firmante. El artículo 18.2 Ley 11/2007 al establecer que “los certificados electrónicos a que se hace referencia en el apartado 1. a) (sello de Administración pública, órgano o entidad de derecho público) tienen que incluir el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, y pueden contener la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos” nos hace plantearnos la cuestión de la existencia necesaria o no de la persona titular. El sello del órgano rompe con la concepción tradicional del acto administrativo como declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo llevado a cabo por un órgano administrativo en el ejercicio de una potestad administrativa, ya que la declaración que deriva del sello de un órgano difícilmente puede recibir alguno de estos calificativos. La única referencia expresa al uso del sello para un acto concreto que hace la Ley 11/2007 alude a la posibilidad de automatizar el proceso de digitalización de documentos en soporte papel y a la obtención de copias electrónicas.

el mismo acto administrativo proveniente de una voluntad humana. Una programación adecuada permitirá que la producción del acto respete las garantías formales y materiales y sea válido.

La programación o la adecuación de un procedimiento administrativo encaminado a la actuación automatizada, tendrá que incluir tanto el elemento subjetivo como el elemento objetivo. Mientras que el elemento subjetivo es una cuestión previa que está predeterminada y que se podía considerar que no varía, el elemento objetivo se producirá cada vez que se emita el acto administrativo y su contenido no se puede encontrar predeterminado sino que será consecuencia de los parámetros introducidos para su producción.

Por su parte, el elemento teleológico concurre igualmente en cualquier acto administrativo. Su reflejo en la actuación administrativa automatizada se produce en el ámbito de programación, en la medida en ésta tiene que responder a una finalidad propia y específica del acto administrativo concreto.

La motivación del acto configurada tradicionalmente desaparece en la automatización administrativa y pasa a integrarse en el mecanismo de producción de la actuación administrativa, por tanto la motivación del acto administrativo automatizado se integra por una adecuada programación y solo mediante la revisión de esta programación se podrá reaccionar ante el acto administrativo emitido. Curiosamente ni en la LAECSP ni en el RD que la desarrolla, contemplan la figura de la motivación de la actuación administrativa automatizada lo que genera cierta incertidumbre e inseguridad.

El programa constituye uno de los requisitos técnicos que determinarán la validez de dicha actuación y que recoge la motivación de los actos administrativos automatizados.

Previo a la automatización del acto, debe confeccionarse y aprobarse una programación que recoja el acto administrativo a automatizar y que defina las especificaciones y las condiciones técnicas y jurídicas que tienen que ser evaluadas para garantizar que el acto administrativo emitido es válido. Deben quedar expuestas las razones o motivos que sustentan la decisión administrativa automatizada que ha sido adoptada, y que dan cabida en el ejercicio de potestades regladas.

La automatización requiere, así, una decisión previa del órgano competente que, en función de la naturaleza del acto, determine, por razones de interés general, la aprobación de programas y aplicaciones por parte del órgano competente y difusión pública de las características a efectos de garantizar el derecho de la ciudadanía y la transparencia en la actuación administrativa. Tal requisito de aprobación aunque se

contemplaba en la LRJPAC, se derogó posteriormente por el legislador en 2007⁸⁷⁵, sin indicar si la aprobación y publicación de los programas siguen siendo necesarios o no, pues el legislador en su artículo 39 solo hace mención a que en la actuación administrativa automatizada habrá un órgano regulador “... para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad...” y otro a efectos de impugnación.

El Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, no contiene ninguna previsión al respecto, aunque deroga el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, que regulaba la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por parte de la Administración General del Estado, y que exigía a todos los efectos la aprobación y la publicación de los programas y las aplicaciones.

Ambos elementos, la aprobación y la publicación, se conforman como elementos de garantía para que la transición de un procedimiento intelectual humano a uno mecánico se produzca sin merma de los elementos centrales del acto administrativo, esto es, su realización por el órgano competente, conforme a un procedimiento que asegure la legalidad de la actuación y de la aplicación normativa y que es debidamente y notificada por los interesados.

La alusión en la normativa actual, en el ámbito de la actuación administrativa automatizada, a la definición de las especificaciones y programas debe de entenderse equiparable a su aprobación para no mermar los derechos y garantías del ciudadano. Aprobación que sí se prevé expresamente en otros ámbitos como en el tributario⁸⁷⁶ en la que la llevaría a cabo el órgano competente a efectos de impugnación⁸⁷⁷, en tráfico⁸⁷⁸ y en la Seguridad Social⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Esta decisión es criticada por varios autores, entre ellos VALERO TORRIJOS, J. (2007): *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2º edición, Comares, Granada, p. 79.

⁸⁷⁶ En el ámbito tributario, se recoge en el artículo 96. 4 de la LGT que “los programas y las aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que tengan que ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades tienen que ser aprobados previamente por ésta en la forma en que se determine por reglamento”, y en el Artículo 85 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria que especifica que será mediante resolución del órgano que tiene que ser considerado responsable “a los efectos de impugnación de los correspondientes actos administrativos”

⁸⁷⁷ En el ámbito tributario, se recoge en el artículo 96. 4 de la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, que “los programas y las aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que tengan que ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades tienen que ser aprobados previamente por ésta en la forma en que se determine por reglamento”, y en el Artículo 85 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria que especifica que será mediante resolución del órgano

Lo referente a la publicación de las características es una cuestión que el legislador de nuevo hace caso omiso no incluyendo, en el artículo 39 de la LAECSP, ninguna referencia ni mención a una publicación posterior, situación que sí queda plasmada de nuevo en el ámbito tributario⁸⁸⁰. La obligación de ésta publicación tiene como fin que el ciudadano conozca los programas y aplicaciones que van a ser utilizados para realizar una actuación administrativa que afecta a la esfera de sus derechos e intereses de manera que disponga de los elementos de juicio necesario para defenderse frente a irregularidades de la actuación administrativa motivadas por el uso indebido de los medios informáticos o telemáticos empleados. Algunos autores mantienen la opción de establecer sistemas de publicidad de las características de las aplicaciones que no impliquen necesariamente publicaciones en diarios oficiales, sino que puedan ser sustituidas por otros medios de difusión, como la incorporación de tales características en la sede electrónica corporativa⁸⁸¹.

La práctica de esta motivación automatizada se ajusta mejor en aquellos supuestos en los que quepa una motivación predeterminada como en aquellos que se proceda a un esquema simple de silogismo subjuntivo, ante determinados hechos la aplicación de una norma. Conviene recordar los supuestos que es posible el uso de fórmulas estereotipadas, siempre y cuando se puedan deducir las razones o motivos que sustentan la decisión administrativa adoptada.

Finalmente, precisar que la labor del órgano administrativo no debe limitarse solo a la aprobación y publicación del programa, definiendo las especificaciones técnicas o los programas que tienen que dar respuesta a una actuación administrativa determinada sino que también deberá verificar o asegurar el mantenimiento o la supervisión de dichos programas y aplicaciones. Estas otras labores como la de mantenimiento, conservación y supervisión cuya esencia es demostrar que el tiempo no ha deteriorado el correspondiente programa y que las características que se hicieron

que tiene que ser considerado responsable “a los efectos de impugnación de los correspondientes actos administrativos”

⁸⁷⁸ Resolución 27 de Marzo de 2006 de la Dirección General de Tráfico, por la que se aprueban las aplicaciones de los registros en soporte informático de la DGT.

⁸⁷⁹ Resolución 18 de septiembre de 2007 de la Tesorería General de la Seguridad Social que aprueba determinadas aplicaciones informáticas para la gestión de inscripción de empresas, de afiliación de trabajadores y de recaudación de recursos del sistema de la Seguridad Social.

⁸⁸⁰ Art.85.2 RD 1065/2007.

⁸⁸¹ ALAMILLO DOMINGO, I. y URIOS APARISI, F. X. (2011): *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Escuela de Administración Pública de Cataluña, Barcelona, p.70.

públicas se mantienen en toda su integridad, incluyendo también la actualización jurídica, que hace referencia a que el programa contenga la realidad sustantiva que resulte legalmente aplicable, contribuyen a asegurar la calidad o evitar un mal funcionamiento, con las repercusiones que puede tener en la motivación.

4. LA COMUNICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN

Una vez tratados las diferentes modalidades de articulación de la motivación, restaría conocer a través de que medio le llega al destinatario el contenido de la misma. Ello es una cuestión indisolublemente unida al tratamiento de la comunicación de los actos administrativos pues en términos generales la motivación va adjunta al texto, y lo relativo al medio de comunicación de éste absorbe los aspectos concernientes al de la motivación con el que mantiene gran similitud, por ello nos limitaremos a señalar aquellas cuestiones más significativas a efectos prácticos teniendo presente que en ocasiones la motivación no va adjunta al propio texto, sino en el propio expediente a través de informes o dictámenes que como hemos comprobado en líneas anteriores es admitida plenamente como motivación *in allunde*.

El ordenamiento jurídico oferta dos instrumentos para la comunicación de los actos administrativos: la notificación y la publicación, ya sea en soporte papel, ya sea en soporte electrónico, y aunque el legislador demuestra una clara preferencia del primero sobre el segundo, en ambos medios de comunicación, la motivación tiene su particular protagonismo como expondremos a continuación⁸⁸².

4.1. La motivación como contenido de la notificación.

La finalidad básica de la notificación va dirigida a lograr que el contenido del acto llegue realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su integridad substancial y formal, incrementando así, entre otros, la seguridad jurídica, como de manera reiterativa ha insistido la jurisprudencia⁸⁸³. Por ello no es baladí que el

⁸⁸² GONZALEZ PEREZ, J. (1958): “La notificación de los actos administrativos”, *Documentación Administrativa*, núm.12; ANDRES PEREZ, R. (2006): *La notificación y publicación de los actos administrativos*, Bosch; DE DIEGO DIAZ, L. A. (2008): *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona; COBO OLVERA, T. (2011): *La notificación de los actos administrativos y disposiciones generales*, Fundación Asesores Locales; FERNANDES FERNANDEZ, J. J. y DEL CASTILLO VAZQUEZ, I. C. (2004): *Manual de las notificaciones administrativas*, 2º ed, Civitas; VELASCO CABALLERO, F. (2002): “Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones”, *Justicia Administrativa* núm. 16, pp. 35-50; NUÑEZ RUIZ, M. J. (1994): *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento común*, Montecorvo, Madrid; LOPEZ MERINO, F. (1989): *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada.

⁸⁸³ STS 14 Julio 1999; STS 2 Julio 1986.

cumplimiento de los requisitos relativos a la notificación haya de darse con cierto rigor ante la necesidad de evitar la indefensión del ciudadano, hecho que de forma inmediata nos sugiere plantear como primera cuestión, en aras de conseguir el objetivo propuesto, cuál debe ser el contenido de la notificación para precisar si la motivación es parte integrante o no de la misma.

De forma expresa, el legislador recoge en el párrafo segundo del artículo 58 que la notificación deberá contener “el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos...” sin hacer mención alguna a la motivación. Por ello ante el presagio de si la motivación forma parte de la notificación nos debemos centrar en uno de los elementos que legalmente forma parte de la notificación, la integridad del texto y cuestionarnos si la alusión del legislador a la expresión “texto íntegro de la resolución” para enunciar uno de los componentes de la notificación, ha de ser interpretada en un sentido amplio.

Con este planteamiento se ha de proceder a solapar el párrafo segundo del artículo 58 anteriormente aludido con el párrafo tercero del artículo 89 de la misma ley que hace referencia al contenido de la resolución y que precisa que éste ha de incluir tanto la decisión como la motivación en los casos que ésta sea legalmente exigida, además la expresión de recursos que procedan, órgano administrativo o judicial ante el que han de presentar los recurso, y plazo de interposición. De la fusión de ambos artículos ha de entenderse que la notificación debe transcribir la totalidad del texto del acto, conteniendo no solo la decisión o parte dispositiva, sino también la parte expositiva y su motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho en los casos a que se refiere el artículo 54 de la LRJPAC; idea suscrita también por una temprana jurisprudencia, incluso anterior a la aprobación del texto constitucional actual⁸⁸⁴.

Entendiendo, por tanto, que la motivación forma parte del contenido de la notificación, es necesario precisar que con la expresión texto íntegro de la resolución no hay que incluir a los efectos de la práctica correcta del acto o resolución, los defectos intrínsecos del acto como puede ser la falta de motivación, que servirá como fundamento para impugnar el acto, pero no para alegar defectos en la notificación del mismo⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ STS 27 Septiembre 1976; STS 19 Octubre 1989.

⁸⁸⁵ COBO OLVERA, T. (2011), *op.cit.*, p.19.

En el hilo de la misma cuestión expuesta, encontramos alguna que otra legislación sectorial como la relativa a contratos que de forma más explícita y detallada se pronuncia acerca de cuál debe ser el contenido de la notificación, como se desprende del artículo 151.4 del TRLCSP, mencionando tanto la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado la candidatura de los candidatos descartados como las razones por las que no se ha admitido la oferta de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, lo que corrobora el planteamiento anteriormente expuesto y que ha sido sustento para las argumentaciones jurisprudenciales en asuntos relativos a adjudicaciones de contratos, como los que transcribimos parcialmente a continuación señalando que

“con la notificación del acuerdo de adjudicación se hace llegar a los licitadores el conocimiento de las razones determinantes de la decisión adoptada, a fin de que dentro del plazo legal que comienza a contar desde dicho momento se pueda interponer recurso suficientemente fundado, sin que pueda exigirse de los licitadores una búsqueda de la información disponible para conocer las razones de la adjudicación, razones que se les tienen que facilitar de modo suficiente con su notificación”⁸⁸⁶.

A su vez, este precepto, como tendremos ocasión de tratar en el análisis particular sobre la motivación en procedimientos de selección y adjudicación de contratos y concesiones administrativas, ha de interpretarse conjuntamente con el artículo 54.2 LRJPAC conforme al cual en dichos procesos selectivos y en concurrencia competitiva, la notificación ha de realizarse en la forma establecida en las normas que regulan sus convocatorias, y además deben “en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

Por otra parte, la notificación constituye no solo un deber de la Administración sino también una garantía de los administrados que da a conocer a través de ella los actos que afectan a sus derechos e intereses legítimos, adquiriendo especial relevancia para la defensa de ambos debido a la información que contiene en la notificación, la propia motivación. De ahí el interés y la importancia que adquiere el cumplimiento correcto y adecuado de la notificación al repercutir en el logro de las finalidades que

⁸⁸⁶ TACRC Rec.965 y 966/2014 FJ 5.

arrastra a su vez la motivación, siendo conveniente apuntar para evitar erróneas interpretaciones concernientes a la suficiencia de la motivación que el hecho de una notificación defectuosa no es causa para anular un acto administrativo alegando falta de motivación siempre que la información relativa se deduzca del propio expediente. Es curioso, como en ámbitos concretos como el relativo a la contratación administrativa, se han planteado recursos cuyo objeto es anular la adjudicación por falta de motivación ante notificaciones que han sido realizadas de forma incorrecta, no procediéndose a estimarlos por lo confuso que representaría su admisión manifestando que

“la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de forma que si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de adjudicación está suficientemente motivado, aún cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para anular la adjudicación por falta de motivación”⁸⁸⁷.

El legislador sectorial exige que sea precisamente con la notificación del acuerdo de adjudicación cómo se haga llegar a los licitadores el conocimiento de las razones determinantes de la decisión adoptada, a fin de que dentro del plazo legal que comienza a contar desde dicho momento se pueda interponer recurso suficientemente fundado, sin que pueda exigirse de los licitadores una búsqueda de la información disponible para conocer las razones de la adjudicación, razones que se les tienen que facilitar de modo suficiente con su notificación.

En relación con el contenido de la notificación es significativo apuntar la cuestión relativa a los medios empleados por la Administración que permitan “tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, identidad y el contenido del acto notificado”, pues de la adecuada práctica de la notificación y su correcta recepción implica el conocimiento del contenido que arrastra a su vez la correspondiente motivación con las razones que respaldan la decisión adoptada. Ahora bien el ordenamiento jurídico no busca tanto que el acto administrativo llegue materialmente al conocimiento del interesado como que se cumplan una serie de condiciones mínimas en la práctica de la notificación que hagan suponer, en

⁸⁸⁷TACRC Rec.197/2014 FJ 10; TARC Rec.33/2012 FJ 7; TARC Rec.239/2011 FJ 6; TARC Ayuntamiento de Sevilla Rec.2/2013 FJ5.

circunstancias normales, que el acto llegará a su conocimiento, dando paso a la presunción de conocimiento que entiende que el interesado conoce su contenido, siendo irrelevante que no haya llegado a hacerlo⁸⁸⁸. De ahí la importancia de emplear un medio de notificación por parte de la Administración que permita demostrar posteriormente que fue practicada, pues como apostilla GAMERO CASADO, el aspecto fundamental del régimen de las notificaciones administrativas, es la constancia de su práctica⁸⁸⁹. La presunción de conocimiento que recae sobre las notificaciones afecta de una manera u otra, sobre el contenido de la motivación.

Por último, dejar constancia que existen una serie de aspectos nada pacíficos del régimen de notificaciones, en especial referentes a las notificaciones electrónicas, de gran interés y cierta relevancia con la figura de la motivación, relativas al la eficacia del acto administrativo notificado, como la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido de la notificación y el momento en que debe entenderse practicada⁸⁹⁰. Sobre ésta última cuestión, la doctrina ofrece una dualidad de versiones contrapuestas; una, mantenida por la opinión mayoritaria, que entiende que es preciso que el destinatario acceda verdaderamente al contenido de la notificación y otra, con menor seguimiento, que apunta que debe entenderse practicada cuando el destinatario se descargue en un equipo terminal el mensaje electrónico con el que se procede a la notificación, ya sea incorporando directamente a dicho mensaje los contenidos propios de las notificaciones administrativas, ya sirviendo tan solo para adjuntar un fichero en el que se contiene realmente la notificación⁸⁹¹. El hecho de que en estos temas de acceso a la notificación, como en tantos otros, se mantenga una clara y determinante interpretación unánime en lo relativo es significativo por las consecuencias inmediatas que se genera con respecto a un efectivo conocimiento de la motivación.

En definitiva, todas aquellas cuestiones polémicas y contradictorias que se ciernen sobre la notificación urge enmendarlas, pues no solo afecta al régimen interno

⁸⁸⁸ VELASCO CABALLERO, F. (2002), *op. cit.*, p. 47.

⁸⁸⁹ GAMERO CASADO, E. (2001): *Los medios de notificación en el procedimiento administrativo común*, Instituto Andaluz de Administración Pública.

⁸⁹⁰ GAMERO CASADO, E. (2011): "Comunicaciones y notificaciones electrónicas" en PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.)(2011): *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas; MARTIN DELGADO, I. (2009): *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch; GAMERO CASADO, E. (2005): *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento administrativo común*, Bosch; (2002): "Las notificaciones por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, REDA, núm.116, pp. 501 y ss.

⁸⁹¹ GAMERO CASADO, E. (2011): "Comunicaciones y notificaciones electrónicas" en PIÑAR MAÑAS, J. L. (2011), *op. cit.*, p. 524; ALAMO GONZALEZ, N. (2007): "La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos: en particular, registros telemáticos y notificaciones telemáticas", REDA, núm. 133, p. 128.

de la notificación y por consiguiente a la eficacia del acto administrativo, sino evidentemente afectan también de forma directa sobre la operatividad y funcionalidad de la motivación.

4.2. La publicación como vehículo transmisor de la motivación.

Como ya se ha comentado, no solo la notificación del acto administrativo es el único medio que posee el ordenamiento jurídico para proceder a comunicar el contenido del acto a los interesados en el procedimiento, también lo es la publicación que puede darse tanto de forma supletoria como sustitutoria e incluso complementaria con respecto a la notificación según el contenido de los actos y las circunstancias que lo rodeen. Por ello, para los dos primeros tipos de publicación aludidos, serán de aplicación las mismas indicaciones que establece la Ley para el contenido de la notificación.

Si interesa resaltar, lo beneficioso que ha sido la aplicación de las nuevas tecnologías en este medio de comunicación de los actos administrativos, tanto la notificación como la publicación, entendidas como formas de comunicación del acto administrativo, al poder efectuarse por medios electrónicos facilitando y agilizando dicha comunicación y la situación del ciudadano, como ocurre con la creación de tabloneros edictales electrónicos en los que se podrán publicar los actos y comunicaciones de carácter obligatorio con carácter sustitutivo o complementario a su publicación en soporte papel, evitando desplazamientos inútiles de los ciudadanos. Cuestión que es tratada en el proyecto de ley de racionalización del sector público que contempla la creación de un Tablón Edictal Único en el BOE con carácter obligatorio y gratuito para todas las Administraciones públicas, evitando la necesidad de rastrear por los diferentes tabloneros electrónicos existentes para conocer los actos administrativos que les afecten, integrándose todas las publicaciones edictales electrónicas en el BOE, y que de una manera u otra, garantiza el logro de las diferentes finalidades que encierra la motivación.

Los actos integrantes de un procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, aparte de ser uno de los supuestos en los cuales la motivación es legalmente exigida, requieren de una publicación sustitutoria de la notificación.

CAPITULO VI.- EL INCUMPLIMIENTO DE LA MOTIVACION Y SUS CONSECUENCIAS

1. INTRODUCCION: LA AUSENCIA U OMISION DE LA MOTIVACION

La cuestión final del régimen jurídico de la motivación hace referencia a las consecuencias jurídicas que irradia tanto la manifestación defectuosa como la ausencia u omisión de la propia motivación. Examinados los supuestos en los cuales la Administración está obligada a exteriorizar los fundamentos y razones que sustentan la decisión administrativa adoptada y expuestos los diferentes modos de articulación de tal operación, nuestra tarea se ciñe ahora a recopilar de forma expresa y ordenada los posibles defectos de la motivación con su correspondiente consecuencia jurídica, ante la inobservancia en su tratamiento legal de la presencia de algún precepto legal que enumere y detalle aspectos relativos a la ausencia de motivación y a una manifestación defectuosa de la misma. Ni lo uno ni lo otro está consignado expresamente como uno de los supuestos en los que los actos administrativos incurren en nulidad absoluta aunque puede entenderse implícita en alguno de sus apartados. Por ello la doctrina y la jurisprudencia han asumido el encargo de constatar tales defectos asignándoles, según las circunstancias específicas de cada caso, la consecuencia jurídica concreta.

El control de la legalidad de la motivación no puede analizarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada supuesto concreto donde pueda valorarse si atendidas las especiales circunstancias concurrentes se expresan las razones suficientes que dan a conocer la fundamentación del acto. Dicho control no se agota con la simple comprobación del cumplimiento de la formalidad sino que a veces se proyecta hasta alcanzar el examen substantivo del fondo de la justificación aducida. Si la motivación fuera tan solo una exigencia formal, entonces la fiscalización se limitaría a la constatación de que la formalidad se ha cumplido, a la verificación de que la misma existe, pero no se trata de un simple requisito formal, sino un requisito formal cualificado como ya tuvimos ocasión de constatar.

Es oportuno precisar, a su vez, que el supuesto de hecho del que partimos, el incumplimiento del deber de motivar, puede ser originado por la ausencia de la motivación como instrumento que exterioriza, entre otros, las razones que justifica el acto administrativo y por la materialización de una motivación defectuosa que deja entrever ciertas anomalías que emergen al no cumplirse ni respetarse los requisitos

exigidos relativos tanto al aspecto formal de la motivación como a los de contenido y de carácter subjetivo.

La ausencia u omisión de la motivación sería equiparable, en un primer momento, a la carencia de motivación, a la inexistencia del instrumento encargado de exteriorizar las razones que condujeron a la Administración a adoptar la decisión. La omisión entendida como falta, como ausencia o como vacío es, por ello, un punto de partida para delimitar las posibles patologías de la motivación, siendo preciso puntualizar cuándo tiene un carácter formal y cuándo sustancial.

En el estudio de las modalidades de la motivación se expusieron las diferentes alternativas que puede escoger la Administración al recoger los fundamentos y razones que sustentan la decisión que adopte, tanto una motivación textual como por remisión. En el primer caso, la situación de hecho es clara y no da lugar a dudas: el acto incorpora los motivos o razones que justifican la decisión conociendo el interesado de manera directa la justificación de la decisión administrativa; de ahí que si solo consta una parte dispositiva sin contener referencia, aunque sea breve y sucinta, de hechos y fundamentos de derecho, el acto estará inmotivado y estaremos ante una ausencia de la motivación.

La segunda de las alternativas apuntadas, la denominada motivación *in alliunde*, permite la remisión a informes o dictámenes a través de los cuales el interesado pueda conocer las razones que fundamentaron la decisión. Esta modalidad de motivación no se encuentra expuesta en el propio acto sino en el expediente que permite garantizar la defensa del interesado y sobre la cual se ha pronunciado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones manifestando que con tal modalidad no se produce una omisión de la motivación⁸⁹². Ahora bien, si a pesar de acudir al expediente, no hubiera ni informes ni dictámenes que permitan al interesado conocer las razones de la decisión administrativa que le afecta, el acto no estará motivado.

En ambos casos, la omisión se produce de una manera total desde el punto de vista formal, de lo que se deduce que el supuesto de ausencia u omisión de la motivación se entiende tanto en supuestos en los que el acto no contenga exposición alguna aunque sea sucinta de referencia a hechos y fundamentos de derecho como en aquellos en los que no se incorpore a su texto los informes o dictámenes que haya aceptado.

⁸⁹² STS 15 Enero 2009 Rec. 329/2005 FJ 2.

La omisión formal se produce cuando la resolución consta solo de una parte dispositiva o contenido del acto en sentido estricto y la omisión es sustancial cuando la motivación se da formalmente, incorporada en el propio acto o por remisión a informes o dictámenes, pero se omite algún elemento concreto de la motivación, ya sea referente al contenido como pueden ser los motivos, ya sea referente al aspecto formal de la motivación, como la suficiencia y la congruencia. La motivación formalmente existe pero no justifica todos o algunos de los aspectos de la decisión que requiere motivación, ocasionando situaciones de motivación insuficiente o contradictoria que ya tuvimos ocasión de tratar en el capítulo relativo a los requisitos de la motivación.

Finalmente y a modo de recapitulación, podríamos decir que una situación patológica o anormal en la motivación podría darse tanto en supuestos en que se produce una omisión total de la motivación, no existiendo motivación alguna, como en supuestos en los que la omisión es parcial, de manera que la motivación se da aunque no se ha realizado de manera correcta, omitiéndose algún elemento concreto de ella.

Por todo ello, el planteamiento de esta importante cuestión, carente de reflejo legal, no se solventa con la atribución de una única consecuencia que englobe todas las posibles manifestaciones de la falta o defecto de la motivación, sino que han de analizarse las posibles y diferentes consecuencias que puede arrastrar el incumplimiento de la exigencia legal de motivar las decisiones administrativas que hayan sido adoptadas, pues no solo el incumplimiento de la motivación queda circunscrito al ámbito del acto administrativo, sino que las secuelas que origina la falta de motivación o una motivación defectuosa pueden a su vez tener repercusiones en otros círculos colaterales al acto, no por ello menos importantes, como los relativos al propio procedimiento en el que va inserto el acto administrativo que ha quedado huérfano de una adecuada motivación, al interesado que ve mermada su posibilidad de defensa y, por último, al modo de proceder de la actuación administrativa. A todo ello de una manera u otra haremos referencia en los apartados que siguen a continuación.

2. PATOLOGÍAS LATENTES EN LA FALTA DE MOTIVACIÓN

2.1. La falta de motivación como conducta negligente de la Administración.

El incumplimiento del deber de motivar por parte de la Administración exige un viraje al modo de proceder de la actuación administrativa que hace que nos detengamos en analizar cómo ha sido la conducta de la Administración sustrayendo las posibles

causas que han podido ocasionar tanto la omisión como la realización de una forma anómala o defectuosa de la motivación.

El control del cumplimiento de la motivación puede hacerse de forma objetiva limitándonos a observar si se respetan todos los requisitos que envuelven a la motivación, previstos tanto en la norma como los exigidos jurisprudencialmente, pero también con un halo de subjetividad profundizar más e indagar si la Administración ha querido actuar bien.

La necesidad que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento nos garantiza que tal actuación va a ir dirigida hacia el interés público, avalando un correcto comportamiento de la propia Administración siendo más fácil el control del cumplimiento de los requisitos en las actuaciones regladas que en las actuaciones discrecionales⁸⁹³. Por ello, el control concreto del cumplimiento de la motivación garantiza un buen proceder de la actuación administrativa, que es tanto como afirmar que garantiza también un buen comportamiento ético

El incumplimiento de los deberes a los que está sometida la Administración en su vocación de servicio a los intereses generales encierra expresiones graves de ausencia de ética que puede caer dentro de la corrupción política y expresiones menos graves que da la imagen de una Administración débil que necesita mejoras. Dos tipos de conductas pueden acompañar al incumplimiento del deber de exteriorizar los fundamentos y razones de la decisión administrativa adoptada, como hecho legalmente exigido en determinados supuestos: una conducta negligente y una conducta temerosa o con mala fe. Esta última se observa cuando la Administración se reserva argumentos no indicándolos en la motivación y los refleja una vez iniciado el proceso contencioso administrativo siendo un claro ejemplo de una actuación con mala fe que no cumple la eficacia y respeto al ordenamiento jurídico que le son exigibles.

En cambio, la inobservancia de la motivación puede ir acompañada de una conducta negligente en aquellos supuestos en que la ausencia de la motivación o sus defectos han sido por descuido, despiste o incluso por simple desinterés, surgiendo a veces elementos tentadores que inducen a tal incumplimiento como el componente discrecional o el contenido complejo del acto. En algunos supuestos de actos que aprueban asignación individual de derechos de emisión de gases efecto invernadero son

⁸⁹³ GONZALEZ PEREZ, J. (1996): *La ética en la Administración Pública*, Cuadernos Civitas, p. 86.

recorridos por falta de motivación, alegando la propia Administración para evitar dicha falta que no cumplió con tal exigencia debido a “los complejos parámetros en que se funda la resolución y los cálculos técnicos que precisa”⁸⁹⁴.

La conducta negligente de falta de motivación denota déficit de diligencia en el trabajo, siendo ejemplo de una actuación éticamente incorrecta en la Administración aunque no corrupta, pero sí contraria a los principios de buen gobierno.

La motivación, como apuntara PONCE SOLE al conectar la motivación con el desarrollo de la función administrativa, es “junto al expediente administrativo, la caja negra del comportamiento administrativo”⁸⁹⁵, y a través de ella podemos comprobar si la Administración ha ejercido bien su labor de exteriorizar motivos y razones que justifican la decisión adoptada que en supuestos de discrecionalidad ha tenido que ser ponderada, de ahí que una correcta y adecuada motivación se presenta como paradigma de la calidad de las Administraciones Públicas y de la buena administración.

Sensu contrario cabría afirmar que el incumplimiento de una adecuada motivación o su propia omisión conlleva a su vez un comportamiento con el que no se ha cumplido los objetivos legalmente encomendados y que arrastra un *contra naturam* de la Administración. La legalidad debe ser siempre el referente que permita evaluar la legitimidad de la conducta administrativa y cuando la conducta, activa u omisiva, no sea respetuosa con el estándar de actuación previsto por el ordenamiento nos hallaremos ante un supuesto de mala administración en el que se acoplan variadas modalidades, como lo es la inactividad administrativa⁸⁹⁶.

El incumplimiento del deber de motivar las decisiones administrativas debido a una ausente motivación o realización defectuosa podríamos tildarlo como una manifestación de inactividad administrativa, pues no solo es necesario para que ésta se produzca una pasividad total de la Administración sino también que la Administración realice algún tipo de actividad que no es suficiente jurídicamente para cumplir con las obligaciones de actuar que establece el ordenamiento jurídico.

Al hilo de todo lo expuesto, podríamos afirmar que la conducta negligente de la Administración derivaría finalmente en un supuesto de inactividad formal singular al ser producida en el seno de un procedimiento administrativo en el que el defecto de una

⁸⁹⁴ STS 1 Octubre 2008 Rec. 86/2005 FJ 3.

⁸⁹⁵ PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 515.

⁸⁹⁶ Sobre el concepto mala administración de origen anglosajón el Defensor del Pueblo Europeo entiende que se produce cuando “un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse”. Vid. también GOMEZ PUENTE, M. (2011): *La inactividad de la Administración*, 4º ed, Aranzadi, pp. 59-74.

ausente o anómala motivación puede darse durante la tramitación del procedimiento, si la motivación consiste en la remisión a informes o dictámenes, y una vez finalizado éste, si la motivación va en el texto de la resolución. En éste último supuesto sería conveniente delimitar la inactividad producida a raíz de la falta o defecto de la motivación de la inactividad producida por falta de resolución expresa que en sí arrastraría la falta también de motivación⁸⁹⁷.

2.2. La falta de motivación como indicio de arbitrariedad.

En ciertas ocasiones la falta de motivación conecta con los vicios de legalidad como ocurre en aquellos supuestos en los que se ejerciten potestades de carácter discrecional en los que la motivación se considera un requisito esencial de los actos discrecionales a fin de controlar una eventual arbitrariedad. En tales casos al no estar predeterminada la solución final en el ordenamiento jurídico y la Administración disponer de un amplio margen de actuación para que la solución finalmente elegida sea la que permite atender el interés general del modo más satisfactorio, se controla su actuación exigiendo a la propia Administración que motive tales decisiones expresando las razones o criterios que las sustentan. El estudio de la motivación en el control de legalidad de los actos administrativos discrecionales es innegociable.

Algunos autores como FERNANDEZ RODRIGUEZ consideran que la motivación es un elemento central en la distinción entre las decisiones administrativas arbitrarias y las que no lo son y que la ausencia o insuficiencia de la motivación implica ya la existencia de una decisión basada en la exclusiva voluntad de quien la adopta y, por tanto, arbitraria.

El hecho de atribuir a la falta de motivación una consecuencia tan rígida como la arbitrariedad debe admitirse con cierta cautela pues tal operación nos puede conducir a error y confusión al asimilar el vicio formal y el vicio sustancial equiparando la motivación con los motivos.

A veces un acto que adolece de falta de motivación es también arbitrario, pero no lo es por esta ausencia, sino porque además adolece de otra falta que son los motivos. Si un acto carece de motivación y no de motivos, tal defecto formal acarreará la

⁸⁹⁷ Sobre la distinción entre inactividad formal e inactividad material es de destacar la realizada primeramente por NIETO GARCIA, A. (1962): “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo”, *RAP* núm. 37, pp. 75-126 y NIETO GARCIA, A. (1986): “La inactividad material: veinticinco años después”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, pp.11-64; a las que se sucedieron valiosas aportaciones, entre otras, GOMEZ PUENTE, M. (2011), *op. cit.*, p.139-150 y AGUADO I CUDOLA, V. (2001): *El recurso contra la inactividad de la Administración*, Marcial Pons.

anulabilidad si causa indefensión al interesado o no se permite alcanzar el fin. El acto no es arbitrario aunque adolezca de un vicio formal. Ahora bien, si la falta de motivación no va acompañada de los motivos que justifiquen la decisión adoptada, ni referencia alguna a ellos en el expediente, a su vez el acto, aparte de incurrir en un vicio formal, incurre en un vicio de legalidad por vulnerar el artículo 9.3 de la CE y, por lo tanto, el acto es arbitrario.

Por tanto, cuando la falta de motivación es total, se omite la manifestación formal externa y se carece de justificación, aparte de resultar viciado el acto y tener efecto invalidante por tal defecto formal, ésta falta de motivación supone un indicio de arbitrariedad, que se confirmara o salvara en el curso del proceso contencioso administrativo⁸⁹⁸.

2.3. La falta de motivación como indicador del exceso de poder.

En la actuación administrativa la correspondencia entre el fin perseguido por el legislador y el que la Administración pretenda satisfacer debe ser total, sin fisuras, por lo que el abandono o separación de este fin comporta un vicio de carácter sustancial que inválida la actuación administrativa. Esta causa de ilegalidad del acto, denominada desviación de poder, significa el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los previstos por las normas jurídicas que las confieren⁸⁹⁹.

Independientemente del valor que se le otorgue al elemento teleológico y recordando la opinión de algún autor que entiende que la actuación administrativa gira en torno a tal elemento al considerar que el fin perseguido por la Administración pública en su actuación condiciona su legalidad siendo un elemento decisivo para su enjuiciamiento, podemos afirmar que no es indiferente el relevante papel que adquiere la motivación tanto para una exacta apreciación del vicio de desviación de poder como en la reducción de la inmunidad jurídica de la discrecionalidad, considerándose como “un instrumento preciosísimo en manos de los tribunales”⁹⁰⁰.

El reconocimiento del fin como elemento vertebrador de la actuación administrativa y de la motivación como instrumento de control, no debe provocar confusión en cuanto a considerar que el defecto de ésta constituya un exceso o desviación de poder. Pues como ya se ha apuntado, el apartamiento del fin constituye el

⁸⁹⁸ DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, p. 87.

⁸⁹⁹ CHINCHILLA MARIN, C. (1989): *La desviación de poder*, Civitas.

⁹⁰⁰ DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 84.

vicio de desviación de poder, y la motivación al exteriorizar entre otros, los motivos, ayuda a esclarecer si se adecua o no al fin previsto en la norma.

Aunque la falta o insuficiencia de la motivación es extraña al exceso de poder, no hay inconveniente en admitir que tal defecto constituye exceso de poder siempre que no se olvide, como argumenta MARTIN RETORTILLO, que "la ilegitimidad reside en los motivos", entendiendo que la motivación en relación con el exceso de poder no tiene otra funcionalidad que la de ser "posible vehículo para que aquél pueda ser aprehendido, en cuanto exterioriza los motivos"⁹⁰¹.

La falta o insuficiencia de la motivación no constituye un vicio de poder, sino un indicador pues tal vicio se infiere de los motivos que forman parte fundamental de la propia motivación.

A modo de recapitulación y en relación a la falta de motivación y su conexión con los dos vicios de legalidad tratados, la arbitrariedad y la desviación de poder, podemos afirmar que la falta de motivación no implica la arbitrariedad del acto ni constituye desviación de poder. Tanto la arbitrariedad como la desviación de poder son vicios que afectan a la legalidad del acto, a su sustancia, en un caso a los motivos y en otro al fin. Y ambos elementos, los motivos y el fin, son parte integrante de la motivación pero son escindibles. De ahí la importancia de la motivación como requisito formal cualificado que nos traslada, a través de los motivos y del fin, la transparencia de la actuación administrativa y ayuda a despejar de ella toda posible duda de la presencia de vicios como la arbitrariedad y la desviación de poder.

3. EN PARTICULAR, LA FALTA DE MOTIVACIÓN COMO VICIO DE FORMA

El propio ordenamiento jurídico relativiza el incumplimiento administrativo graduando las infracciones del derecho sin otorgarles los mismos efectos a todas ellas, por cuanto todas las infracciones ni son constitutivas de invalidez ni todas las que lo son tienen las mismas consecuencias. El mero hecho de infringir la normativa expuesta en el ordenamiento comporta una actuación no realizada como el Derecho exige, una ilegalidad susceptible de determinados efectos, que no siempre arrastra un carácter invalidante para el legislador que en determinadas ocasiones decide no atribuir a la infracción esa relevancia, como ocurre en el supuesto de las ilegalidades identificadas con defectos formales.

⁹⁰¹ MARTIN RETORTILLO BLANQUER, S. (1954), *op. cit.*, pp. 129-30.

3.1. Los vicios de forma en el Derecho Administrativo: reconsideración de la motivación como requisito formal del acto administrativo y su multifuncionalidad.

La forma ha desempeñado una función de capital importancia, no solo como medio que dota de certeza a los actos de un determinado órgano sino también como técnica que garantiza que se constituya de manera correcta la voluntad de los órganos que ejercen potestades públicas, constituyendo una garantía de legalidad de la actuación administrativa⁹⁰².

El tratamiento de los vicios de forma en el Derecho Administrativo se ha presentado de forma variable, marcados en sus comienzos por un acusado formalismo en los que las infracciones de la forma se consideraban como vicios de orden público y asimilando recientemente en la gran mayoría de los supuestos tales vicios como meras irregularidades no invalidantes. Esta dual reflexión de los vicios de forma se debe, entre otros, al alcance que ha tenido la función de garantía atribuida a la forma en la evolución del Derecho Administrativo, así mientras en un primer momento la garantía formal se circunscribía únicamente en favorecer y proteger los derechos e intereses de los particulares, en la actualidad debe también garantizar la realización del fin público que determinó la actuación de la Administración. Por tanto, el alcance de la función garantista de la forma absorbe los distintos intereses implicados, tanto los públicos como los privados.

Otorgándole a la forma, como apunta BELADIEZ ROJO, un valor en la medida que se presenta como necesaria para conseguir el fin que a través de ella se pretende alcanzar, que no solo refiere al específico, al directamente perseguido con la declaración en la que el acto consiste, sino también a todas aquellas finalidades que indirectamente se persiguen con su emisión, creemos que la motivación no debe ser tratada como un elemento de forma simple, sino como un elemento formal cualificado que mantiene conexiones muy cercanas al carácter sustancial o de fondo del acto con el que a veces genera cierta confusión⁹⁰³.

El recuerdo de las diferentes y variadas finalidades de la motivación que expusimos en capítulo segundo es significativo para presentarla como un requisito

⁹⁰² En términos generales VON IHERING, R. (2011): *El espíritu del Derecho Romano*, Comares, destaca el valor de la forma en el Derecho y en concreto, en el ámbito del Derecho Administrativo NIETO, A. (1986): *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP; DE LA OLIVA, J. (1963): *Los vicios de forma del acto administrativo*, Estudios administrativos; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (1970): *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de la Administración Local.

⁹⁰³ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 131.

formal cualificado, con un carácter multifuncional, que aspira tanto a garantizar la legalidad de fondo de la resolución, la defensa de los derechos del administrado como el cumplimiento de otros fines públicos que pueden verse de manera indirecta afectados por el acto administrativo, como la opinión pública, transparencia administrativa y la seguridad jurídica.

El hecho de retomar en este punto la cuestión de la naturaleza de la motivación dependiendo si se considera como requisito formal *strictu sensu* o si se admite sin reservas su carácter sustancial, adquiere cierta relevancia a efectos de atribuir la sanción correspondiente por el vicio cometido, pues las consecuencias serán inevitablemente diferentes si tratamos la motivación como vicio formal o sustancial.

3.2. La imposibilidad de alcanzar el fin y la indefensión como presupuestos delimitadores del defecto de forma.

De la teoría general del acto, en concreto de lo relativo a la validez, se desprende que un acto administrativo que no cumple los requisitos jurídicos legalmente establecidos e incurre en una infracción del ordenamiento jurídico no es válido, siendo la invalidez, la sanción jurídica general que corresponde a tales actos como contrarios a Derecho.

En un primera aproximación podría afirmarse que el acto administrativo carente de motivación o con una presentación anómala o defectuosa estaría impregnado de un vicio formal que pudiera configurar al acto como inválido, pues la LRJPAC no atribuye la misma consecuencia a todos los defectos formales sino que dependiendo del cumplimiento de una serie de presupuestos ofrece dos alternativas posibles para su correspondiente sanción: la invalidez y la irregularidad.

El estudio de tales presupuestos es fundamental para delimitar la sanción, pues las consecuencias jurídicas sobre el acto serán diferentes: en un caso el defecto de forma impide considerar al acto como válido declarándolo anulable y en otro, el vicio al ser de escaso relieve y poca entidad, repercute en el acto como una mera irregularidad.

La falta o defecto de motivación del acto administrativo constituirá como requisito formal un vicio invalidante del acto, en los supuestos que tal defecto formal impida que el acto pueda alcanzar su fin o diera lugar a indefensión de los interesados según se desprende del tenor literal del artículo 63.2 de la LRJPAC.

Con respecto al primero de los criterios que utiliza el legislador, el fin a alcanzar, se deja entrever ciertas fisuras interpretativas a raíz de la simple y escueta

expresión con que lo referencia, y nos hace cuestionarnos cómo ha de ser dicho fin. ¿Un fin genérico como lo es el satisfacer los intereses generales? O ¿se refiere al fin concreto y específico previsto en la norma que atribuye la potestad pertinente a la Administración y le habilita? ¿Existe solo un fin o varios?

Queda claro y no da lugar a duda que el hecho de atribuir la norma potestad para la consecución de un fin, obliga al acto administrativo a adecuar su contenido al fin previsto en la norma, por lo que un defecto de forma que afecta al fin que con el contenido del acto administrativo se pretendía alcanzar, hará que se declare anulable el acto en sí. Pero la Administración también puede tener encomendado satisfacer otros fines públicos tan relevantes como el previsto en la norma, por lo que como apunta BELADIEZ ROJO será necesario comprobar si la norma atributiva de potestad además de habilitar a la Administración para dictar un acto administrativo persigue otros fines que solo a través del cumplimiento del requisito formal se puede llegar a conseguir⁹⁰⁴. Si ello fuera así, habrá que comprobar a su vez si el defecto de forma afecta a esos otros fines distintos de los directamente perseguidos por el contenido del acto administrativo, lo que en cualquiera de los supuestos supone volver a conectar la motivación con el elemento teleológico del propio acto.

La ley parece, en opinión de BELADIEZ ROJO, que ha querido otorgar un mayor alcance al vicio de forma sancionando con la invalidez no sólo aquellos actos cuya legalidad de fondo pudiera verse afectado por la infracción formal sino también “aquellos otros supuestos en los que el fin del acto no pueda cumplirse aún siendo su contenido ajustado a la legalidad”⁹⁰⁵ siendo fundamental, en este aspecto, y adquiriendo mayor importancia el papel de la motivación.

La motivación, como pudimos comprobar en el capítulo correspondiente, tiene asignada una serie de finalidades que como elemento formal del acto persigue, fundamentadas la mayor parte en principios constitucionales y que se entrelazan, a su vez, con el fin concreto que persigue el acto. Si el defecto en la motivación impide que el fin concreto del acto se consiga, tal hecho arrastra la anulabilidad del acto, pero también el hecho de que el defecto impida satisfacer las diferentes finalidades que pretende la motivación, pues de manera indirecta afecta a esos otros fines públicos colaterales que pretende también la propia resolución administrativa. Aún así, la consecuencia del incumplimiento de la motivación como exigencia formal variará en

⁹⁰⁴ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 133.

⁹⁰⁵ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 132.

función de la finalidad perseguida por la motivación.

En aquellos supuestos que la motivación como exigencia formal no pretende otra cosa que garantizar la legalidad material o de fondo de la resolución, su incumplimiento determinará la invalidez si el contenido del acto es discrecional, pues su finalidad es garantizar que la decisión adoptada por la Administración es la más oportuna para los intereses públicos. El incumplimiento de la motivación, en tales casos determina siempre la invalidez del acto, incluso en los casos que el contenido material del acto administrativo no vulnere norma jurídica alguna. En cambio si se tratara de un acto reglado, dicho incumplimiento carece de fuerza invalidante.

La exigencia formal de la motivación contribuye a garantizar la defensa de los administrados por parte de la propia Administración, ocasionando su omisión un grave perjuicio al no tener los interesados la oportunidad de demostrar su ilegalidad y defender sus derechos e intereses, en especial en los actos de gravamen. Por ello, la finalidad defensiva es de tal transcendencia que el legislador estimó oportuno en su momento incluir la indefensión producida por un defecto formal junto a la imposibilidad de alcanzar el fin, como el segundo de los presupuestos que de darse anulan al acto administrativo.

La primera precisión que tenemos que apuntar es referente a la interpretación del término indefensión, el cual ha ocasionado diferencias doctrinales y jurisprudenciales, pues no se refiere el precepto legal a la indefensión producida por no tener el interesado acceso a los Tribunales, y ver mermado o lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva, sino la indefensión producida durante la tramitación de un procedimiento administrativo, el derecho de defensa ante la Administración. Se entiende por indefensión aquella “situación que queda el titular de un derecho o interés discutido cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa y el administrado ha sido privado de la facultad de introducción en el expediente de los elementos fácticos o jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto definitivo”⁹⁰⁶. Por ello, sancionando con la invalidez a todos aquellos actos que hayan incurrido en una infracción formal que haya situado al interesado en una situación de indefensión frente a la Administración se aseguraría la efectividad del derecho de defensa ante la Administración Pública.

El tema en cuestión es si la ausencia o insuficiencia de la motivación ocasiona

⁹⁰⁶ STS 2 Abril 1980 RJ 2.294.

indefensión, pues aunque se dé la formal ausencia de motivación si no se priva al recurrente de su defensa no se considera el acto inmotivado⁹⁰⁷. Si así fuera, la indefensión en el procedimiento administrativo puede a su vez vulnerar alguno de los derechos contenidos en el artículo 24 de la CE, en cuyo caso el vicio en que se incurre es de nulidad absoluta y no de mera anulabilidad.

La ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante si ha ocasionado que el interesado se haya visto imposibilitado para conocer las razones que han conducido a la Administración a dictar el acto generando indefensión y, si no fuera así, se considera como una mera irregularidad no invalidante.

El deslinde de ambos supuestos se ha de hacer, como apunta una consolidada jurisprudencia, “indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundamentan la actuación y si el interesado ha visto mermada su posibilidad de defensa”⁹⁰⁸. La diferencia entre el vicio invalidante y la mera irregularidad ha de resolverse analizando si se ha cumplido o no la finalidad que justifica la exigencia de motivación siendo una de ellas que el destinatario haya llegado a tener conocimiento de la razones de la decisión adoptada por la Administración, pues solo si se conocen tales razones pueden impugnarse⁹⁰⁹. Debe evaluarse si se le ha situado o no en una zona de indefensión por limitación de su derecho de defensa⁹¹⁰.

En resumen, atendiendo al supuesto concreto en cada caso habrá anulabilidad si la falta de motivación del acto genera una ignorancia de razones que fundan la actuación administrativa dificultando su impugnación o disminuyendo las posibilidades de defensa, en tanto que si el administrado ha conocido claramente los fundamentos de la decisión de la Administración o tuvo la posibilidad de saber cómo se conformó la voluntad administrativa para poder impugnarla criticando sus bases, aunque no se hayan explicitado razones en la resolución nos encontraríamos entonces ante un supuesto de irregularidad no invalidante.

3.3. La Invalidez versus irregularidad: duelo de categorías ante el incumplimiento de la motivación.

En nuestro Derecho, aparte de cuando se prescinda total y absolutamente del procedimiento establecido y en aquellos supuestos en los que la infracción de alguna de

⁹⁰⁷ STS 25 Enero 2000 FJ 2 Rec. 1341/1994.

⁹⁰⁸ STS 27 Enero 2003 Rec. 2661/1998; STS 29 Julio 2002 Rec. 7180/1996 FJ 4; STS 3 Abril 1990 RJ 1990/3576 FJ 2.

⁹⁰⁹ STS 15 Enero 2009 Rec. 329/2005 FJ 2.

⁹¹⁰ STS 1 Octubre 2008 Rec. 86/2005 FJ 3.

las formalidades se cumplan los presupuestos anteriormente estudiados, la imposibilidad de alcanzar el fin o fines que el ordenamiento pretendía conseguir a través de ella o su falta dé lugar a indefensión de los interesados, las ilegalidades de forma no tienen fuerza invalidante. En vista de lo cual, ante el incumplimiento de la exigencia formal de la motivación y delimitadas tales premisas, será preciso exponer en primer lugar, si tales premisas se cumplen, el grado de invalidez que corresponde a la infracción formal cometida tanto en términos generales como en supuestos excepcionales y en segundo lugar, si no se cumplen, la irregularidad carente de fuerza invalidante que le es otorgada.

3.3.1. La regla general: vicio de anulabilidad.

La falta de motivación o su manifestación defectuosa que cause indefensión o que impida alcanzar el fin del acto, tanto el previsto como los colaterales que pudiera perseguirse, genera la invalidez del acto con el grado de anulabilidad del mismo en la mayoría de los supuestos. Aunque la anulabilidad es la consecuencia general de tales infracciones del ordenamiento jurídico, debemos ser cautos en mantener tal afirmación debido tanto a la posición que tiene la Administración como gestora de los intereses públicos y las prerrogativas que la ley le otorga para el cumplimiento de sus fines como la presunción de validez que gozan los actos administrativos, que al ser *iuris tantum* podrá ser destruida mediante el ejercicio de acciones, recursos y procedimientos que permitan declarar la invalidez. No debemos olvidar tampoco el hecho que si una vez intentada la corrección del defecto o anomalía en la motivación, como seguidamente trataremos, la indefensión sigue produciéndose y la imposibilidad de conseguir el fin es clara y manifiesta, la apuesta por declarar anulable el acto no tiene vuelta atrás.

La declaración de anulación de un acto administrativo puede ir acompañada en algunos casos de una orden de retroacción de actuaciones para que la Administración dicte un nuevo acto debidamente motivado y en otros, en cambio, se anula el acto y se reconoce la situación jurídica individualizada del recurrente. Uno u otro pronunciamiento dependerá, aparte del vicio o vicios cometidos, ya sean de carácter material o formal, de las pretensiones formuladas. Pesa, por tanto, sobre el órgano jurisdiccional una doble elección acerca de la trascendencia invalidante de la falta de motivación que cause indefensión o impida alcanzar el fin del acto, al optar por retrotraer el procedimiento para que la Administración dicte sobre el fondo la resolución que proceda, o, por reconocer la pretensión del sujeto que recurre la decisión, y sobre ello trataremos al final de este capítulo en lo referente al alcance de la potestad

jurisdiccional ante el vicio de la falta de motivación

En principio, si solo se ha producido un defecto de forma como la falta de la motivación o su manifestación defectuosa, se anula el acto ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior en que se dictó el acto para que se vuelva a dictar otro debidamente motivado, tal como se desprende de diferentes y variados pronunciamientos jurisprudenciales; así en un supuesto concreto relativo a ayudas y subvenciones públicas ante una motivación genérica presentada que no explicitan las razones que justifican “la denegación de los incentivos regionales”, el Tribunal Supremo sentencia la anulación de la decisión administrativa correspondiente debido a la insuficiente motivación, alegando que “la generalidad y variedad de los criterios no facilitan el acceso a la concreta causa de denegación que hubo de apreciarse en caso de la entidad solicitante”. Este déficit de motivación frustra el objetivo perseguido con la exigencia contemplada en el artículo 54 al impedir a la interesada contradecir la razón denegatoria, de ahí que se acuerde la retroacción de actuaciones para que la Administración se pronuncie motivadamente sobre la causa de la denegación⁹¹¹.

En los procesos selectivos que dan lugar a valoraciones de pruebas con una mera calificación numérica, se entienden en gran parte de los supuestos la existencia de falta de la debida motivación, en base a que esa calificación no se sustenta en juicios concretos, en especial cuando el interesado ha procedido a su revisión. Se exige por ello, en tales situaciones, a los miembros del Tribunal de calificación ofrecer una motivación adecuada y suficientemente justificada de los criterios seguidos en el otorgamiento de las puntuaciones, en los términos de la Convocatoria y en la forma la reclamada por el interesado⁹¹². Así en un supuesto concreto de acceso al cuerpo superior de letrados del Tribunal de Cuentas se anula la resolución administrativa ordenando la retroacción de actuaciones al momento oportuno a fin de que por parte de los miembros del Tribunal de la Selección competente se lleve a cabo la motivación suficiente de las calificaciones otorgadas al actor en el tercer ejercicio de la prueba selectiva que nos ocupa, según hemos indicado, con otorgamiento al recurrente del trámite de puesta de manifiesto de la totalidad del expediente administrativo, en su caso⁹¹³.

Por otra parte, merece la pena recordar los supuestos relativos a los actos

⁹¹¹ STS 29 Marzo 2012 Rec. 2940/2010 FJ 4; STS 29 Noviembre 2001 Rec. 35623/1995 FJ 4.

⁹¹² STS 4 Junio 2014 Rec. 376/2013 FJ 5; STS 18 Diciembre 2013 Rec. 3760/2012 FJ 6; STS 2 Marzo 2011 Rec. 3512 /2008 FJ 5.

⁹¹³ STS 10 Abril 2012 Rec.183/2011 FJ 5.

administrativos en el ejercicio de potestades discrecionales y la consiguiente conflictividad de la motivación exigida, en especial en nombramientos de carácter discrecional, para contemplar qué solución optan los órganos jurisdiccionales ante la presencia de defectos formales como la carencia o realización defectuosa de la motivación que es necesaria para fundamentar la decisión administrativa discrecional.

En los procedimientos selectivos de nombramientos judiciales, en concreto de adjudicación de plaza de magistrados, la emisión del informe de la Comisión de calificación que valora el mérito y la capacidad de los aspirantes conforme a los criterios que la propia Comisión crea idóneos para el cargo de que se trate es un trámite nuclear, esencial el que constituye la motivación, de ahí que su omisión repercute en la insuficiencia de la motivación de la decisión sobre la adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por privar a esa decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio con la consiguiente retroacción de actuaciones a fin de que se cumpla el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación⁹¹⁴. Esta sentencia tiene la peculiaridad de que tuvo votos particulares en torno a la motivación que no la consideran con fuerza invalidante⁹¹⁵.

Por otra parte, en actuaciones relativas a materia medioambiental, relativas a decisiones concretas de asignación individual de emisión de gases de efecto invernadero se anulan los acuerdos que aprueban tales asignaciones alegando falta de motivación ordenando la retroacción del expediente a la Administración para que proceda a una nueva asignación de derechos expresando las razones que justifiquen los criterios a seguir⁹¹⁶. De igual manera en asuntos referentes a concesiones de dominio público marítimo terrestre⁹¹⁷, de contratación administrativa⁹¹⁸ y de autorizaciones de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica que optan por retrotraer las actuaciones a un momento concreto y proceder a efectuar la debida motivación⁹¹⁹.

⁹¹⁴ STS 22 Enero 2008 Rec. 259/2004 FJ 5; STS 30 Noviembre 2006 RJ 2006/9903 FJ 5 y 6; STS 27 Noviembre 2006 Rec. FJ 4; STS 29 Mayo 2006 Rec.309/2004 FJ 7.

⁹¹⁵ Los magistrados Don Óscar González González, Don Agustín Puente Prieto, Don Juan Gonzalo Martínez Micó y Don Emilio Frías Ponce a la sentencia dictada en el recurso núm. 309/2004

⁹¹⁶ STS 15 Diciembre 2011 Rec. 254/2009 FJ 4; STS 28 Diciembre 2010 Rec. 491/2008 FJ 6; STS 14 Julio 2010 Rec. 27/2008 FJ 3; STS 8 Octubre 2010 Rec. 5/2008; STS 16 Noviembre 2010 Rec. 490/2008 FJ 6; STS 6 Julio 2009 Rec. 98/2005 FJ 7.

⁹¹⁷ STS 31 Octubre 2012 Rec. 5924/2009 FJ 5.

⁹¹⁸ STSJ (Castilla y León) núm. 668/2014, 31 Marzo FJ 5; STSJ (Castilla y León) núm. 1630/2007, de 21 Septiembre FJ 6; STS 10 Octubre 2000 Rec. 3476/1993 FJ 3.

⁹¹⁹ STS 29 Septiembre 2014 Rec. 4045/2011 FJ 3; STS 10 Julio 2014 Rec. 3288/2011 FJ 2.

3.3.2. Supuestos de nulidad de pleno derecho.

En determinadas situaciones la invalidez del acto declarada a raíz del incumplimiento de la motivación no es catalogada con la anulabilidad sino con la categoría más grave e intensa que existe: la nulidad. Nada más aprobarse la LRJPAC hubo algún pronunciamiento doctrinal acerca de la existencia de un posible caso en que la falta de motivación podría generar la nulidad de pleno derecho del acto, en concreto la imposición de sanciones mediante resolución no motivada⁹²⁰.

Aunque como regla general la indefensión solo produce la anulabilidad del acto administrativo, si se vulneran algunos de los derechos comprendidos en el artículo 24 de la CE conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el vicio en que se incurre será de nulidad absoluta y no de mera anulabilidad, así cuando la indefensión tiene lugar en un procedimiento sancionador⁹²¹.

Como afirma la doctrina, la indefensión administrativa tiene alcance constitucional en solo dos supuestos: uno, cuando la Administración impide la falta de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa y dos, cuando se trate del procedimiento sancionador, en el que cualquier indefensión tiene el aludido alcance⁹²². En relación a este último supuesto, la indefensión producida por la falta de motivación arrastra la nulidad absoluta de la resolución sancionadora adoptada⁹²³, en especial en procedimientos relativos a infracciones y sanciones de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial⁹²⁴.

Como primer bloque de materias que ante la falta de motivación denotan la nulidad de sus actuaciones que no dan lugar a dudas ni a dobles interpretaciones son las que afectan a derechos fundamentales. De forma concreta, en relación a las resoluciones que establecen los servicios mínimos aplicables a una convocatoria de huelga el Tribunal Constitucional ha manifestado que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado, pues tal determinación puede comportar graves consecuencias como la restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. La motivación que se exige a la autoridad competente

⁹²⁰ DOMINGO ZABALLOS, M. J. (1993), *op. cit.*, p. 4345.

⁹²¹ STC 18/1981, STC 262/1988; STC 291/2000.

⁹²² ALONSO MAS, M.J. (1998): *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo blanch; GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015), *op. cit.*, p. 451.

⁹²³ SAN 2 Febrero 2010 Rec.150/2006 FJ 5; STSJ (C.Valenciana) núm. 1025/2001 de 27 de Junio.

⁹²⁴ STSJ (And). núm. 680/2003 de 10 marzo FJ 3; STSJ (Galicia) núm. 414/2001, de 2 de Marzo; STSJ (Navarra) núm. 186/2001 de 1 Febrero; STSJ (Extremadura) núm. 793/2000 de 24 de Mayo; STSJ (Aragón) núm. 409/2000 de 10 de Mayo; STSJ (And.) núm. 734/2000 de 22 de Mayo FJ 4; STSJ (And.) núm. 645/2000 de 9 mayo FJ 4.

para establecer los servicios mínimos que aseguren el mantenimiento de los que son esenciales para la comunidad no equivale a cualquier justificación que acompañe a la resolución que los fije o que pueda extraerse del expediente, sino que ha de contemplar las circunstancias específicas de la huelga de que se trate, justificando en relación con ella los concretos servicios que se disponen. Por ello coinciden tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo en reiterar y subrayar que la motivación de los servicios mínimos se trata de un requisito indispensable sin el cual la resolución en cuestión incurre en causa de nulidad⁹²⁵.

Fuera de estos casos y pese a la reticencia de la jurisprudencia a declarar nulas las resoluciones administrativas carentes de motivación, no es menos cierto que la elección de la nulidad como sanción ante tal infracción formal se da en el ámbito sancionador.

En el tratamiento del contenido de la motivación de las resoluciones sancionadoras expusimos la relación de una serie de elementos la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad. Los Tribunales se muestran exigentes con respecto a la inclusión de todos ellos así con respecto a la declaración de los hechos probados entendiendo que la falta de consignación de los hechos probados en una resolución sancionadora es causa de nulidad de las resoluciones al ser susceptibles de causar indefensión a los interesados⁹²⁶ e igualmente declaran que se estaría ante una ausencia de motivación en aquellos supuestos en que no se determine en la resolución sancionadora la norma en que se encuadra la conducta descrita⁹²⁷.

En otras ocasiones en cuestiones relativas a materias de régimen disciplinario de la Guardia Civil⁹²⁸ y de extranjería se procede a declarar la nulidad del acto carente de motivación

“La falta de incorporación al expediente del informe en que supuestamente se fundamentó la resolución recurrida, omisión que no ha sido suplida en el seno del presente procedimiento por cuanto que el informe presentado a instancias de la

⁹²⁵ STS 13 Noviembre 2013 Rec. 4045/2010 FJ 3; STS 26 Diciembre 2012 Rec. 27/2012; STS 20 Octubre 2011 Rec. 885/2009 FJ 3; STS 12 Abril 2011 Rec.4995/2008; STS 17 Febrero 2010 Rec. 2535/2008; STS 13 Octubre 2008 Rec.1833/2006 FJ 5.

⁹²⁶ STS 18 Abril 2005 Rec. 86/2004 FJ 1.

⁹²⁷ STSJ (Val) núm. 456/2011, 3 Junio 2011 FJ 3.

⁹²⁸ STS 27 Febrero 2004 Rec. 118/2003 FJ

Abogacía del Estado no especifica los concretos motivos que lo fundamentaron, conlleva que estimemos que la resolución impugnada carece de la necesaria y adecuada motivación, lo que a su vez comportará la estimación del presente recurso en orden a declarar la nulidad del Acuerdo impugnado. Sin embargo, careciendo la Sala de los imprescindibles elementos de juicio en aras a resolver la solicitud de visado formulada por el recurrente, procede acordar la retroacción de actuaciones administrativas a fin de que por la Administración se proceda a dictar nueva resolución ajustada a derecho”⁹²⁹.

También se otorga la nulidad de la resolución administrativa en un supuesto de selección de interinos al servicio de la Administración de Justicia que al no motivarse no permite conocer los elementos de juicio ni controlar baremación y orden de colocación de la relación de excluidos y admitidos de la bolsa de trabajo

“La lectura del expediente administrativo remitido a esta Sala por la Gerencia Territorial, admitido como prueba a petición de las actoras, evidencia que el procedimiento selectivo adolece de las irregularidades denunciadas y, en especial, se aprecia la ausencia de toda motivación en la resolución que aprueba la Bolsa de Trabajo y de acreditación en el procedimiento de los fundamentos de la misma, tal y como exige el art. 54.2 de la Ley 30/1992. Esta irregularidad origina una patente indefensión a las demandantes, al hacer impracticable el control del contenido del acto impugnado, pues al no constar ni las solicitudes ni los «curricula» ni, en realidad, ningún elemento de juicio, resulta imposible entrar a analizar las causas de exclusión o inclusión y la baremación que da origen al orden de colocación en cada una de las relaciones definitivas que forman la Bolsa. Por las mismas razones, es imposible saber porqué la señora V. aparece en la 2.ª lista y desaparece en la 3.ª sin haber sido llamada a prestar servicios.

Estas irregularidades, que suponen la nulidad del acto impugnado [arts. 62.1, e) y 64.1 de la Ley 30/1992], no pueden ser salvadas «a posteriori» en el proceso judicial”⁹³⁰.

Aunque la jurisprudencia es poco proclive para declarar nulo un acto por falta de motivación, ello no significa que sean escasas las revisiones de los actos que soliciten la nulidad de las actuaciones en base a la falta de motivación, lo que ocurre es que

⁹²⁹ STSJ (Madrid) núm. 808/2003, 26 de Junio FJ 3.

⁹³⁰ STSJ (Castilla La Mancha) núm.551/1996 FJ 3.

finalmente el órgano jurisdiccional después de valorar y estudiar las distintas pretensiones y circunstancias que rodean al caso estiman procedente la anulación del acto frente a la nulidad⁹³¹.

3.3.3. *Supuestos de irregularidad no invalidante.*

La decisión administrativa carente de motivación o defectuosa puede ser entendida en ocasiones como una simple infracción formal con carácter menor y de escasa entidad calificada con la categoría de irregularidad que no confiere carácter invalidante, y por tanto, no conduce a la eliminación del acto, siempre y cuando, en virtud del artículo 63.2 de la LRJPAC, dicho vicio meramente formal no genere indefensión a los interesados o no le suponga un requisito indispensable para que el acto alcance su fin. En base al carácter antiformalista del régimen del procedimiento administrativo como al principio de economía procedimental, carece de sentido declarar anulable por defectos de forma actos que subsanado el defecto volverían a dictarse con el mismo contenido⁹³².

En un asunto relativo a provisión de puestos de trabajo se excluye el candidato de la lista de aspirantes seleccionados por haber obtenido la calificación de "no apto" en el periodo de prácticas y pese a observarse una falta de motivación, se entiende que no procede a la anulación del acto por producirse la subsanación y no causar indefensión al afectado

“si bien se infringió ese deber de motivación en la resolución inicial fue subsanado al resolver el recurso administrativo ulterior. Por ello concluye que no hubo indefensión y se produjo una irregularidad no invalidante que no determina la anulabilidad del acto administrativo por infracción del ordenamiento jurídico conforme al art. 63.2 LRJAPPAC”⁹³³.

De igual forma en otro asunto relativo a una resolución desfavorable carente de motivación emitida por el Colegio de Abogados por negligencia profesional se entiende dicha ausencia como un defecto formal que al no causar indefensión al interesado se ha de consignar como una irregularidad que no invalida a la decisión administrativa

⁹³¹ STSJ (Extrem) núm.1619/2000, 15 Noviembre FJ 3

⁹³² MESEGUER YEBRA, J. (2002): *Las irregularidades no invalidantes de los actos administrativos*, Bosch.

⁹³³ STS 26 Marzo 2014 Rec. 9/2013 FJ 8.

efectuada

“la decisión de la falta de motivación de la decisión administrativa definitivamente impugnada, si bien pudo responder de forma más acabada y garantista a las cuestiones planteada por la parte recurrente en vía de recurso administrativo, en ningún caso ha originado indefensión real y efectiva a la parte actora, pues si se observa bien dicha decisión se conecta con lo fundamentado, a su vez, en la resolución final administrativa, a la que viene a acumular el razonamiento lacónico de que de la valoración de la prueba obrante en el expediente, no se observa en la actuación del Letrado don Lorenzo R. P. indicios de actuación merecedora de reproche disciplinario alguno. De este modo, tal contenido resolutorio, por limitado que parezca ha permitido a la parte demandante racionalizar su respuesta jurídica en esta vía judicial, que ha quedado condicionada al motivo esencial de impugnación que se vincula a la segunda cuestión jurídica planteada. Por ello, debe concluirse, que más bien, y en todo caso, nos hallaríamos en el presente caso de una irregularidad no invalidante, por ausencia de esa indefensión real y efectiva, que por la razón jurídica acumulada de economía procesal, procede no estimar”⁹³⁴.

Por otra parte, las actuaciones administrativas extemporáneas como los actos administrativos dictados con exceso del plazo de resolución constituiría otro supuesto de acto irregular, si de la naturaleza del término o plazo no resultara su anulabilidad. Su alusión en este momento refiere por el hecho de diferenciarlo del supuesto de la motivación tardía, pues en el acto tardío la motivación se ha dado y puede que correcta pero se ha manifestado tarde debido a que el acto se dictó de manera extemporánea pero en la motivación tardía, se ha incumplido el deber de fundamentar la decisión en el plazo, la motivación se ha aplazado y no ha permitido informar al interesado de las razones que fundamentan la decisión ocasionándole serios perjuicios, tal como tendremos ocasión de comprobar en líneas posteriores.

⁹³⁴ STSJ (Castilla La Mancha) núm.211/2002, 9 Julio FJ 2.

4. OMISION DE MOTIVACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVALIDEZ

4.1. El principio de conservación y sus manifestaciones.

La idea de conservación es esencial y consustancial al Derecho que late siempre que exista un acto jurídico, cuya presencia ha sido respaldada por la doctrina con alusiones a variadas expresiones como “pretensión de eternidad”⁹³⁵, “vocación de supervivencia”⁹³⁶ o “vertiente estática del Derecho”⁹³⁷.

La conservación de un acto jurídico se fundamenta tanto en principios jurídicos que imponen el mantenimiento de los actos o sus efectos - buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y proporcionalidad entre otros- como en el específico de conservación. Este plural fundamento deja entrever el diferente alcance de la conservación, y así mientras en el primer fundamento aludido carece de todo valor la conservación al considerarse un simple resultado, una forma de conseguir que se respete el valor que expresa el principio, en el segundo la conservación es en sí misma un auténtico valor jurídico siendo necesario conservar el acto porque en sí mismo se considera valioso: “el que los actos cumplan el fin al que están destinados constituye un valor jurídico”⁹³⁸.

El principio de conservación, pese a no haber recibido suficiente atención doctrinal, ha sido entendido como una expresión más del conocido principio de economía procesal con un amplísimo campo de actuación⁹³⁹, como traducción de la presunción de validez⁹⁴⁰ y, con un carácter más novedoso, como un fenómeno jurídico de gran importancia en la configuración del régimen jurídico de los actos administrativos, en lo concerniente a la invalidez y la eficacia de los mismos⁹⁴¹.

⁹³⁵ MERKL, A. (1980): *Teoría general del Derecho Administrativo*, ed. Nacional, México, pp. 271 y ss.

⁹³⁶ VILLAR PALASI, J. L. (1952): “El acto confirmatorio” en *RAP* núm. 8, p.13.

⁹³⁷ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 42.

⁹³⁸ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 45.

⁹³⁹ BOCANEGRA SIERRA, R. (2005): *La teoría del acto administrativo*, Iustel, p. 200; GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012), *op. cit.*, p. 1226; GARCIA LUENGO, J. (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, p. 310.

⁹⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015); DIEZ SANCHEZ, J. J. (1992): *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, p. 94.

⁹⁴¹ BELADIEZ ROJO, M (1994), *op. cit.*, p. 64; NIETO, A. (1994): Estudio preliminar a la obra de BELADIEZ ROJO, pp. 9 y ss. En Alemania, HOPPE ha sido el artífice de la elaboración dogmática de este Principio, vid. (1996): “Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip”, *Abwägung im Recht*. También ha sido estudiado desde la óptica iusadministrativista, DIEZ SANCHEZ, J. J. (2010): “El principio de conservación de los actos” en *VVAA: Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1.001-1029; DOMENECH PASCUAL, G. (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, pp. 216-219 e iusprivatista, MARIN PADILLA, M^a. L. (1990): *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*.

BELADIEZ ROJO, precursora de estas últimas aportaciones que han ayudado a redescubrir dicho principio, afirma que el principio expresa la existencia de “un valor jurídico en conservar todo acto capaz de cumplir válidamente los fines que tiene encomendados para garantizar así la satisfacción de los intereses de los sujetos jurídicos”⁹⁴².

La conservación constituye un concepto presente en el ordenamiento jurídico administrativo, y se garantiza y protege por el Derecho siempre que con el mantenimiento del acto se alcance un fin que el Derecho considere digno de protección y que exista un interés en la consecución de esa finalidad. El acto administrativo, pues, se beneficia del principio general de conservación que pretende asegurar que cada acto cumpla su función, en la medida de lo posible, incluso si no es conforme a Derecho. Esta es una de las peculiaridades de los actos administrativos: la garantía de su supervivencia que le procura el ordenamiento jurídico para mantenerlos, incluso cuando se encuentren envueltos en supuestos de invalidez⁹⁴³.

En nuestro derecho positivo, el contenido y alcance del principio de conservación de los actos administrativos se recoge en variadas técnicas contempladas en los artículos 64 a 67 de la LRJPAC, que suponen la explícita formalización en que se sustenta con sus reglas dicho principio y acerca de las cuales se ha pronunciado algún autor puntualizando que “ni son todas las que están, ni están todas las que son”⁹⁴⁴.

La alusión a alguna de ellas es imprescindible en nuestro estudio de la motivación, pues la declaración de un acto nulo o anulable debido a la infracción de un vicio formal tiene repercusiones en el procedimiento administrativo en el que el acto está inmerso, siendo significativa, en primer lugar, la regla prevista en el artículo 66 de la LRJPAC relativa al tratamiento de los trámites del procedimiento que se desarrollaron correctamente antes de que se cometiera la infracción que provocó la invalidez del acto.

El incumplimiento de la motivación si no afecta a los actos de trámite anteriores, de manera que su contenido hubiera sido el mismo de no haberse producido tal infracción, provoca que con la anulación del acto por falta de motivación se de la retroacción de actuaciones para que se dicte un nuevo acto debidamente motivado. El principio de conservación de los actos y trámites y el principio de economía

⁹⁴² BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 46.

⁹⁴³ BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 48.

⁹⁴⁴ DOMENECH PASCUAL, G. (2002), *op. cit.*, p. 217.

recomiendan que solo se ordene la retroacción de actuaciones, no obligando a la Administración a repetir todo el procedimiento para después dictar nuevamente una resolución, ésta vez con motivación suficiente. Ocurre en ocasiones que la declaración de nulidad de actuaciones es una condena en perjuicio del recurrente, por el hecho existir además de un vicio de forma, un vicio de fondo. La Administración se limita única y exclusivamente a corregir el defecto procedimental, que es lo que la declaración de nulidad condena y a dictar un nuevo acto, el cual seguirá siendo en el fondo contrario a Derecho, por lo que el destinatario tendrá que iniciar un segundo proceso para que sea declarado inválido

Por otro lado, la declaración de nulidad de un acto no va determinar siempre la anulación total del procedimiento pues en virtud del principio de conservación los actos no afectados por la invalidez se entenderán conservados, siendo necesario una manifestación expresa para garantizar el principio de seguridad jurídica en el que la Administración al reanudar el expediente declare aquellas actuaciones que no se vieron afectadas por la invalidez y pueda volver a hacer uso de ellas.

En un supuesto de denegación de una solicitud de permiso de trabajo de un ciudadano extranjero, la sentencia recurrida se limita a pronunciar un fallo anulatorio del acto administrativo impugnado, pero no declara situación jurídica individualizada alguna a favor del recurrente. Por ello, el órgano jurisdiccional al revisar dicha sentencia no duda en combinar dicho pronunciamiento con el carácter del vicio apreciado: la insuficiente motivación del acto. Nada impide que, si otras causas ajenas a la cuestión no se oponen a ello, la Administración dicte un nuevo acto en el sentido que estime procedente, cumpliendo debidamente el requisito de la motivación, y lo haga, en virtud del principio de conservación de los actos administrativos, manteniendo los ya producidos en el procedimiento que no han sido objeto de anulación⁹⁴⁵.

De otra parte, la decisión administrativa carente de motivación o realizada de manera anómala puede formar parte de un acto administrativo complejo o compuesto, en el que se den varios actos que convergen en una resolución final y definitiva. Si tales actos no mantienen una relación de causalidad, pudiendo desgajarse como actos independientes, podrán conservarse.

Una última técnica en virtud de la cual el ordenamiento potencia la conservación del acto es la convalidación de los actos anulables mediante la subsanación de los vicios

⁹⁴⁵ STS 27 Enero 2003 Rec.2661/1998 FJ 9.

de que adolezcan, pero por la especial conexión que tiene con la motivación le dedicaremos una apartado concreto.

4.2. La subsanación de la motivación como medio de convalidación de los actos.

Nuestro ordenamiento jurídico permite la posibilidad de corregir los vicios o defectos en que puede incurrir los actos administrativos generando dos posibles efectos diferentes sobre el acto administrativo viciado: su convalidación o su anulación. Mientras con la convalidación se elimina el vicio conservándose el acto, en cambio, con la anulación el defecto se corrige eliminando del ordenamiento jurídico, no solo la infracción cometida sino también el acto que será sustituido por otro conforme a Derecho. De ahí la importancia de averiguar cuándo la corrección de un vicio o defecto exige la anulación del acto o cuándo se puede llevar a cabo dicha corrección conservando el acto administrativo originariamente viciado.

La autora BELADIEZ ROJO, en el estudio que de manera detallada hace de la subsanación, apunta que para saber cuándo la corrección de un defecto determina la convalidación o implica la anulación se pueden seguir dos caminos. Uno que consistiría en analizar cada uno de los posibles vicios que pueden afectar al acto y ver con carácter general cuáles son las consecuencias que su subsanación produce sobre el acto que lo posee y otro que atiende a los efectos que la corrección del vicio produce en el acto administrativo. Su apuesta es por la segunda opción transcrita pues la primera, debido a la generalidad del sistema, no la considera de gran utilidad al no tener en cuenta la situación concreta creada por el acto. Pese a ello dispensa como criterio delimitador el contenido del acto y sostiene que si la corrección del defecto implica una modificación del contenido del acto administrativo, la eliminación del vicio conllevará la anulación de ese acto o parte de él y si el defecto se corrige sin afectar al contenido del acto, éste se convalida⁹⁴⁶.

El análisis del defecto o de la falta de la motivación en sí y las consecuencias de su corrección no nos permite establecer unas pautas generales para todos los actos administrativos, pues como ya hemos analizado en otra ocasión la intensidad de la motivación en relación a sus diferentes elementos va variando, se va modulando en atención a las circunstancias concretas y al tipo de acto en el que esté inmersa. De ahí la dificultad de asignar un efecto individual y concreto ante la posible corrección de la

⁹⁴⁶ Sobre el alcance y límites de la subsanación como técnica de convalidación en general vid. BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, pp. 200 y ss.

falta o defecto en la motivación producida, precisando si el vicio corregido mantiene el acto o lo anula, pues en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas y al tipo de acto, será conveniente conservarlo y en otros no.

Teniendo presente que un análisis de las circunstancias que rodean al acto y un conocimiento particular del acto administrativo en cuestión se ajusta más a la realidad y hace que sea más útil, esto no impide el hecho de hacer una breve referencia de los efectos originados por la corrección del vicio originado por la falta de motivación o un cumplimiento defectuoso de ella.

4.2.1. La subsanación de la falta o defecto de la motivación: la omisión de un informe preceptivo que sirve de motivación.

El legislador reconoce una potestad genérica subsanadora a la Administración en el artículo 67 de la LRJPAC refiriéndose de manera concreta a la subsanación de dos vicios concretos: la incompetencia jerárquica y la falta de alguna autorización. La mención de estos vicios no excluye al resto de los vicios como objeto de subsanación por lo que la técnica convalidatoria de la subsanación podría aplicarse en un principio a los actos carentes de motivación o aquellos que la presenten de forma defectuosa. La omisión de tal referencia puede deberse a que los vicios que afectan al elemento formal como lo es la falta de motivación o su manifestación defectuosa no son fácilmente subsanables.

Como primer apunte a destacar es la restricción que se produce en el ámbito de las actuaciones de la subsanación deducida a raíz de la afirmación prevista legalmente, que la reserva para corregir aquellos defectos que invaliden el acto con la anulabilidad: solo aquellos vicios que consistan en una motivación defectuosa u omisa que impida alcanzar el fin del acto, u otros colaterales que se persigue, o que cause indefensión, podrán ser subsanables. Así en el supuesto que no se dieran algunas de estas circunstancias, el vicio no tiene fuerza para determinar la invalidez dando lugar a una mera irregularidad, que en teoría no es subsanable⁹⁴⁷.

Otro detalle que hay que tener presente es el relativo a la finalidad otorgada al vicio de forma en cuestión, pues para que éste se subsane es necesario que una vez efectuado el trámite formal, si se había omitido, o practicado de forma debida, pueda cumplir la finalidad que le es propia.

⁹⁴⁷ En la práctica se plantea la necesidad de corregir estas irregularidades formales con el fin de dotar al acto de seguridad como apunta BELADIEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, pp. 209-210.

La mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales son proclives a admitir la subsanación en supuestos que se haya producido una falta o defecto de la motivación ofreciendo su reconocimiento de forma implícita como se desprenden, entre otros, de los alusivos a materia de ayudas públicas⁹⁴⁸ y de expropiación⁹⁴⁹; no obstante es de observar alguna que otra decisión jurisprudencial en la que la referencia a la admisión de la subsanación se hace de forma explícita⁹⁵⁰. En cualquier caso, la línea de actuación jurisprudencial ha ido acompañada de cierta cautela al admitir la subsanación como técnica convalidatoria.

Una situación peculiar y delicada es la subsanación de la omisión de un informe preceptivo que sirve de motivación de la resolución; si el informe preceptivo que se omite es el que sustenta la motivación, en concreto la motivación *in aliunde* que remite o incorpora los informes en los que basa la decisión administrativa adoptada. La conveniencia o no de una subsanación repercute en el interesado que ante el desconocimiento y falta de información decide recurrir e iniciar incluso un proceso judicial causándole perjuicio la falta de motivación.

En nuestro derecho, vigente la LPA, no cabía la posibilidad de subsanar el vicio de omisión de un informe preceptivo, lo cual era una exclusión lógica atendiendo a la finalidad de tales informes y no teniendo sentido un informe posterior a la decisión. De manera expresa y rotunda el legislador de 1958 negaba la posibilidad de subsanar la omisión de informes o propuestas preceptivas-art. 53.5 LPA-. Una vez aprobada la ley de procedimiento vigente, autores como LAVILLA proclamaron que la imposibilidad de convalidación debía mantenerse y aunque la jurisprudencia se mantuvo firme y reiterada con la exclusión, se dio algún que otro caso que consideró improcedente la anulación por motivos formales cuando el informe fue incorporado al expediente tardíamente por el hecho de ser positivo, pues se alegó que aunque se hubiere emitido en el momento oportuno el resultado hubiera sido idéntico⁹⁵¹.

Al no establecer la LRJPAC prohibición alguna de subsanar los informes preceptivos, cabría afirmar que no existe obstáculo alguno, en principio, que impida la subsanación de este tipo de vicios, siempre que sea posible la revisión del acto por la Administración. Si el informe coincide con el acto que se recurre, el vicio se subsana y

⁹⁴⁸ STSJ (Las Palmas) núm.289/1998, 6 de Marzo FJ 3.

⁹⁴⁹ STSJ (Galicia) núm. 868/2004, de 24 de Noviembre FJ 3.

⁹⁵⁰ STS 29 Julio 2002 Rec.7180/1996 FJ 4; SAN 5 Julio 1996 Rec. 265/1993 FJ 4; STSJ (Val) núm. 942/2012, de 2 Noviembre FJ 3.

⁹⁵¹ STS 5 Enero 1999 RJ 1990, 331.

en el supuesto que el informe sea contrario al acto que se recurre, la emisión tardía del informe subsana el vicio de forma pero revela la existencia de un vicio de fondo, siendo necesario la anulación del acto. Al estar en vía de recurso, la autoridad administrativa que resuelve puede anular el acto y sustituirlo por otro acorde con el informe emitido, entendiéndose a su vez que el acto se ha motivado.

Ahora bien, si los informes omitidos se aportan en vía judicial y son informes elaborados por la Administración en fase de prueba, por tanto, después del acto impugnado, la jurisprudencia ha insistido de forma contundente que tales informes no pueden servir de motivación del acto, ni siquiera por referencia sin procederse a la convalidación de la motivación⁹⁵².

4.2.2. La motivación extemporánea: una manera de subsanar la omisión de la motivación.

Como primera nota apuntar es conveniente advertir que la subsanación ha de hacerse en el momento oportuno pues una subsanación tardía tiene el inconveniente que el interesado puede haber instado un procedimiento de revisión del acto, ya sea administrativo, ya sea jurisdiccional, ocasionándole graves perjuicios.

Las modalidades de motivación tratadas, la textual y no textual, y la expuesta como combinada, coinciden en que se producen en un momento previo a la decisión final administrativa: una coetánea al momento de dictar resolución, pues forma parte de la declaración y la otra desplazada a un momento anterior, siendo admitidas todas ellas desde una triple perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial.

Otra posible modalidad de motivación sería posible si aplazamos su realización a un momento posterior a la adopción del acto administrativo. La admisión de este aplazamiento generaría una nueva modalidad que podríamos calificarla como motivación extemporánea y de la que derivarían una serie de interrogantes que deben ser tratados como los relativos a su correcta delimitación que la diferenciaría de otros supuestos, los referentes a su admisión doctrinal y jurisprudencial y los riesgos que ello conlleva.

El hecho de carecer de pronunciamientos doctrinales serios y contundentes que afirmen o denieguen la motivación *ex post* complica y empobrece su estudio, que mantiene cierta conexión con los supuestos de falta de motivación, pues de admitirse la

⁹⁵² STS 19 Febrero 2013 Rec. 6429/2011 FJ 2; STS 25 Septiembre 2012 Rec. 6430/2011 FJ 4; STS 16 Octubre 2012 Rec. 6431/2011 FJ 2; STS 20 Enero 2010 Rec. 6942/2005 FJ 4.

motivación *ex post* sería un medio de subsanar un vicio producido en el acto que, en un principio, acarrearía su invalidez.

A) La motivación extemporánea y su diferenciación con otros supuestos.

Volvemos en este punto a insistir en la diferencia entre la justificación del acto y la exteriorización de la justificación del acto, recordando que esto último hace referencia al requisito de la motivación. Si la Administración no expresa las razones que justifican su actuar aún cuando el mismo esté dentro de los fines legales, el acto carecerá de motivación. Para exteriorizar las razones, la Administración tiene su momento, no tiene total libertad para efectuar la motivación, lo tiene acotado a un momento previo a la resolución final, ahora bien, si decide libremente durante el margen del *iter* procedimental, puede desplazarla, como ocurre en la motivación por remisión a informes o dictámenes, pero no aplazarla, pues ello acarrearía el incumplimiento de un deber.

El aplazamiento de la exigencia de cumplimentar la motivación para un momento posterior a la adopción del acto es un supuesto bien distinto del aplazamiento de la justificación de acto. Una cosa es justificar y justificar en su momento y otra efectuar la motivación y hacerlo también en su momento.

El punto que vamos a tratar es referente a la motivación realizada en un momento posterior a la adopción del acto administrativo, calificándola como una motivación tardía y extemporánea -motivación *ex post*- siendo oportuno diferenciarla de la convalidación de una motivación defectuosa. El hecho de cumplimentar la motivación difiere del hecho de aportar los motivos en los que se basa la decisión administrativa en un momento diferente al momento de expresión de la voluntad administrativa, lo que ocurre que en ocasiones se diluye en un mismo instante la convalidación de una motivación defectuosa con una motivación extemporánea, cuando el defecto en sí consiste en la ausencia total de motivación.

B) Referencias doctrinales y jurisprudenciales relativas a la motivación tardía.

Aunque nada dice el legislador acerca de la posibilidad de trasladar la motivación a un momento posterior a la producción del acto, sí hubiera sido conveniente reflexionar sobre ello para evitar así dudas y riesgos. El derecho comparado opera de forma ventajosa con tal mecanismo que permite inicialmente no motivar, si ello supone un riesgo para la eficacia administrativa y justificar *ex post* la decisión,

dando cumplida cuenta de los fundamentos de la misma, antes de la interposición de los recursos⁹⁵³.

Desde el flanco doctrinal pocos son los autores que se pronuncian sobre esta posibilidad. DE LA VALLINA manifestó su interés sobre ello admitiendo que en todo caso siempre podrá exigirse al órgano que dictó el acto una motivación sucesiva al ejercerse el control jerárquico o contencioso, pues tanto el superior jerárquico al conocer del recurso contra el acto de un órgano inferior como los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, tienen potestad para ello⁹⁵⁴.

Posteriormente, en el estudio particular que realiza FERNANDO PABLO sobre la motivación, entendiendo ésta como justificación y a partir de la exigencia de poner a disposición del interesado informes que sirven de motivación, plantea la posibilidad de una motivación *ex post* acto, mediante documento específico posterior solicitada por parte del interesado, ofreciendo algunas vías interpretativas para entender que existen cauces procedimentales para hacer valer un derecho a conocer los motivos frente a un acto no motivado que deba serlo.

La primera posibilidad de solicitar la motivación *ex post* la entiende cuando el acto dé lugar a ejecución forzosa. En éstos actos de ejecución material, en los cuales el órgano que lo dictara está obligado a comunicar por escrito la resolución que autorice la actuación administrativa, entiende FERNANDO PABLO, que “al autorizar la solicitud del acto formal que le sirve de fundamento a los actos de ejecución material, también debe estar permitida la solicitud de motivación de este acto”⁹⁵⁵.

Una segunda situación en la que tendría cabida la motivación *ex post* acto para este autor sería en aquellos supuestos en los cuales la notificación fuera defectuosa al no recoger el texto íntegro, y como en éste debe venir incluida la motivación, se podrá solicitar que se subsane dicho error o se rectifique y se practique en forma, suministrando la debida motivación. Finaliza con la opción de poder sustituir la

⁹⁵³ MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, p. 291. Para la doctrina alemana determinados defectos de procedimiento pueden ser convalidados mediante la recuperación de la actuación procedimental requerida, siendo la motivación, desde un punto de vista material, un supuesto concreto de recuperación y convalidación, siendo pertinente si no existe ninguna motivación o la que existe no corresponde con lo establecido legalmente- art.39 VwVfG-. Supuesto que debe diferenciarse de la aportación tardía de la motivación en el proceso contencioso, en el cual trata la modificación o complemento de la motivación de un acto administrativo impugnado que si bien corresponde a las exigencias formales previstas en la Ley, es materialmente insuficiente o incorrecto y no puede sostener el acto administrativo

⁹⁵⁴ DE LA VALLINA, J. L. (1967), *op. cit.*, p. 55.

⁹⁵⁵ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, p. 214.

motivación del acto inicial por la motivación ofrecida expresamente al resolver el recurso administrativo interpuesto, como seguidamente trataremos⁹⁵⁶.

Recientes aportaciones doctrinales como la de GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ insisten en defender la conveniencia de motivar bien en su momento para superar posible riesgos de anulación del acto por esta causa⁹⁵⁷.

De otro lado, la línea argumental mantenida por el sector jurisprudencial en lo que concierne a la motivación extemporánea no se presenta de forma unánime, así mientras en algunas manifestaciones se secunda su no admisibilidad como en las relativas a los conciertos educativos, en otras sí se procede a su admisibilidad sin reparo alguno, como se desprende del supuesto concreto de un cese de funcionario del cuerpo y fuerza de seguridad del Estado en comisión de servicio que alega indefensión al desconocer las causas por las que ha sido cesado y no poder formular alegación pertinente, pues la falta de motivación del acto le impide conocer la fundamentación jurídica del cese. Lo curioso del fallo al desestimar el recurso interpuesto por el funcionario cesado es el encubrimiento de la exigencia establecida en el artículo 54 de la LRJPAC aplicable en el momento de dictar la resolución admitiendo la motivación extemporánea, y permitiendo la exoneración del deber de motivar que pesa sobre la autoridad administrativa en base a que tal incumplimiento no genera indefensión al interesado, pues el informe aportado en el escrito de contestación a la demanda explica las razones por las que el actor fue nombrado, y también fue cesado.

“Tal informe permite concluir que no, puede hablarse de falta de motivación, sino de motivación extemporánea, que, en cualquier caso, no ha provocado indefensión al recurrente, como lo prueba el contenido del escrito de conclusiones que presentó, en el que pudo combatir y combatió los razonamientos de la Administración, llegando incluso a proponer prueba, aunque manifestara su disconformidad con el resultado de la misma, en la medida en que pretendía acreditar que desempeña las mismas funciones después de haber cesado en la Jefatura del Equipo”⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 214-215.

⁹⁵⁷ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2013): “Motivación por la Administración extemporánea y ex novo” en *Actualidad Administrativa* núm. 2, p. 4.

⁹⁵⁸ STSJ (And) 21 Septiembre 2002. Rec.165/1999 FJ 3.

C) El traslado de razones y motivos en vía administrativa de recurso como motivación extemporánea.

Como ya dejara apuntado FERNANDO PABLO, cabría admitir la motivación *ex post* mediante documento específico posterior solicitado por el interesado, así a través del recurso administrativo interpuesto contra la resolución falta de motivación.

En la práctica administrativa una vez adoptada la decisión administrativa, la exteriorización de motivos y razones en que consiste la motivación, en ocasiones, se lleva a cabo después de haber sido impugnado el acto por el interesado, en concreto, en la resolución del recurso pertinente cuando el acto resolutorio razona debidamente el fundamento de la decisión. En tales casos, la Administración aprovecha ese momento para cumplimentar la motivación trasladando al interesado la información que solicita, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión.

La resolución expresa del recurso subsanará el defecto original al ofrecer expresa fundamentación, tal como se desprende de decisiones jurisprudenciales en torno a materia de subvenciones y ayudas públicas en las que admiten que “si bien el acto originario pudo adolecer de tal falta de motivación, el recurso resolutorio del recurso de reposición es lo suficientemente explícito, tal como de ello hemos dejado constancia, y la sentencia recoge, para considerar cumplido el mencionado requisito”⁹⁵⁹.

De manera coincidente a raíz de un acuerdo adoptado en un procedimiento disciplinario por el Colegio de Abogados, el expedientado lo recurre alegando defectos formales como la falta de motivación, con la consiguiente respuesta jurisprudencial

“En torno a la falta de motivación de la resolución originaria, es un defecto que ha quedado subsanado en la dictada, en vía de recurso, por el Consejo General de la Abogacía que contiene la relación de hechos y una fundamentación jurídica suficiente, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 54 de la Ley 30/1992”⁹⁶⁰.

Pese a tales manifestaciones jurisprudenciales que avalan la admisión de la resolución del recurso como momento para llevar a cabo la exteriorización de las razones y así subsanar el defecto de falta de la motivación, no siempre el traslado de razones y motivos en vía administrativa de recurso será admitido como supuesto de motivación extemporánea válido y adecuado generándose por ello cierta falta de

⁹⁵⁹ STS 29 Julio 2002 Rec. 7180/1996 FJ 4; STS 4 Julio 2001 Rec. 5327/1994 FJ 2.

⁹⁶⁰ STSJ (Cast.y León) núm.257/2000, de 15 de Julio FJ 3.

concordancia y simultaneidad en el círculo jurisprudencial. Reflejo de ello lo encontramos en los procedimientos selectivos de personal docente, en los cuales el papel de la motivación es determinante y su falta es tratada con cierta desarmonía. Así, mientras en algunos supuestos alusivos a enseñanza no universitaria, se permite que ante la infracción del deber de justificar las razones en la resolución inicial se pueda subsanar al resolver el recurso administrativo ulterior, considerándose que no hubo indefensión y se produjo una irregularidad no invalidante del acto administrativo por infracción del ordenamiento jurídico⁹⁶¹, en otros, en cambio, relativo a enseñanza universitaria no se permite la convalidación manifestando de forma literal que “las argumentaciones efectuadas *a posteriori* al resolver el recurso de reposición y contenidas en el informe por la Comisión Permanente del Departamento no pueden servir de esa motivación que terminantemente exige el citado art. 54.1.f) de la Ley 30/92”⁹⁶².

Una muestra ineludible de la disconformidad jurisprudencial y falta de criterio común en este tema, se observa en un asunto relativo a provisión de plazas en el que se alega falta de motivación por la mera asignación de puntuaciones realizada por el Tribunal calificador y que reclama particularmente nuestra atención al contener decisiones contradictorias en relación a la admisión de una motivación extemporánea producida en la resolución del recurso. Decisiones ambas reflejadas una en el fallo de la sentencia y otra en el voto particular posteriormente emitido.

Como primer dato de la argumentación del fallo de la sentencia se entiende que hay motivación desde un punto de vista formal porque en la resolución del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución originaria se incorporó un informe emitido por el tribunal calificador del que se deducen una serie de criterios y razones que permiten al interesado impugnar la decisión administrativa en vía judicial. Decisión ésta que no convence a uno de los ponentes emitiendo su voto particular discrepando, entre otros, de lo afirmado con respecto a la motivación.

“Disiento de la sentencia recurrida en cuanto admite que la motivación se cumple solicitando en alzada un informe al autor del acto administrativo. En primer lugar porque este es un requisito del acto administrativo, como claramente se desprende

⁹⁶¹ STS 26 Marzo 2014 Rec.9/2013 FJ 8; STSJ (Val) núm. 942/2012, 2 Noviembre FJ 3; STSJ (Islas Canarias) núm.123/2010, 1 Octubre FJ 3.

⁹⁶² STSJ (And.) 6 Febrero 2014 Rec. 281/2013 FJ 3.

de lo dispuesto en el artículo 54 de la LRJPAC, y no del recurso que ha de ser congruente y resolverse de conformidad con los términos de éste y dentro de los límites del planteamiento del acto administrativo recurrido, sin que dicho defecto sea subsanable, y prohibiendo además expresamente el artículo 110.3 de la ley 30/1992, que los defectos formales que causen indefensión puedan beneficiar a la Administración autora del mismo. Por otra parte es evidente que el Tribunal Calificador que no motivó en su momento el acto de calificación, no puede hacerlo "*a posteriori*", habiendo perdido además su imparcialidad, pues lógicamente trataría de defender el acto administrativo impugnado. Por otra parte, al no haber dado traslado del informe al recurrente, es evidente que el recurso se resolvió sin la tutela efectiva del mismo.

Por otra parte queda claro de las actuaciones, donde únicamente consta que en el acto de protesta ante el Tribunal Calificador se le puso de manifiesto el expediente, que no consta allí motivación alguna, no solo de su calificación, sino tampoco de las de los demás intervinientes, con lo que el recurrente no pudo realizar elemento de comparación alguno.

Por otra parte, a mi juicio la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia. En cualquier caso, al tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera hacer supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración⁹⁶³.

En otro orden de consideraciones, es obvio que si la motivación extemporánea es realizada en vía judicial como medio de subsanar la falta de motivación, su inadmisibilidad no debe ser cuestionada no solo por los efectos negativos que arrastra hacia el interesado sino porque la subsanación es una técnica de convalidación que no puede ser utilizada por los Tribunales para dar validez a los actos administrativos viciados. Prueba de ello lo tenemos en un supuesto referido igualmente a procedimientos selectivos de enseñanza referentes a personal docente no universitario

⁹⁶³ STS 16 Diciembre 2014 Rec. 3157/2013 FJ 7. Voto particular del magistrado José Díaz Delgado

“Esta motivación de la decisión adoptada podrá expresarse desde un primer momento o en respuesta a las reclamaciones que efectúen los aspirantes a las calificaciones otorgadas, cuando este trámite esté contemplado en las bases de la convocatoria, o podrá resultar de los informes que se recaben del tribunal por el órgano que revise en vía administrativas sus decisiones. En cambio, no puede convalidarse el acto impugnado mediante una motivación extemporánea realizada en vía judicial, cuando el interesado impugna aquél exclusivamente con base en el defecto de forma del que adolece el acto, pues de lo contrario se le privaría la posibilidad de combatir en cuanto al fondo la decisión adoptada”⁹⁶⁴.

En definitiva, esta asincronía jurisprudencial actúa como prólogo de la inseguridad jurídica mientras no se consolide una postura unánime en esta cuestión; situación tal que propicia el aumento de perjuicios que asolan a los posibles interesados antes las diferentes respuestas dadas, invitándose, por ello, desde estas líneas a una reconsideración y estudio de la cuestión que no quede envuelta en la demora y desidia administrativa y judicial.

D) La motivación extemporánea de los actos que limitan derechos fundamentales.

En supuestos de actos administrativos que limitan derechos fundamentales como el derecho de huelga mediante el señalamiento de servicios mínimos, los titulares del aludido derecho se ven privados de su ejercicio en razón del acto administrativo que los fija, por lo que se ha exigido con rigor la motivación de tales actos rechazando simples indicaciones genéricas, vagas e incorrectas.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la posibilidad de suplir la motivación *ex ante* por una justificación *ex post* argumentando que de ser así, la justificación *ex post* supone tanto como exonerar del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopte y equivale al no establecer consecuencia alguna derivada del incumplimiento de ese deber.

“La eventual justificación "*ex post*" no libera a la autoridad competente de su

⁹⁶⁴ STSJ (Islas Canarias) núm.123/2010,1 Octubre FJ 3; STSJ (Islas Canarias) núm.201/2009, 18 Diciembre FJ3.

obligación de motivar adecuadamente el acto desde el momento en que éste se realiza, lo que requiere que en esa motivación figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, y en qué nivel se fijan, de forma tal que se cumpla el fin esencial de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se limita su derecho, y permitir, asimismo, la posterior fiscalización, en su caso, de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia”⁹⁶⁵.

No admite la posibilidad expuesta el garante de la Constitución a pesar de considerar “lícito la distinción entre la motivación expresa del acto -"que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa"- y las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada”⁹⁶⁶.

En estos casos merece la pena detenernos un poco más y prestar atención al dictado literal de la argumentación mantenida por el Tribunal Constitucional en casos de limitación de un derecho fundamental al establecer los servicios mínimos declarando que

“Finalmente, por lo que se refiere a la fundamentación de la decisión que impone el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Siendo una decisión que comporta tan graves consecuencias es preciso, no solo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Pesa, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad,

⁹⁶⁵ STC 53/1986, 5 Mayo FJ 6.

⁹⁶⁶ STC 8/1992 Rec. 1809/1988 FJ 2.

correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba⁹⁶⁷.

Es reiterativo el Tribunal en sus pronunciamientos en recordar que cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, “la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación”⁹⁶⁸ y que el deber de motivar existe “desde el momento que el acto se adopta”⁹⁶⁹.

Por otra parte, todos estos argumentos constitucionales son suscritos por nuestro Tribunal Supremo, en especial en supuestos similares relativos a motivación de los actos administrativos en que se limita el derecho fundamental de huelga, no admitiendo la motivación *ex post* al manifestar de forma explícita que “no es admisible el intento de justificar *a posteriori* los motivos que llevaron a establecer los servicios mínimos, lo que no es sino una explicitación extemporánea de una motivación tal vez internamente atendida por la Administración, pero no expresada en su momento”⁹⁷⁰. Avala la distinción apuntada por el Tribunal Constitucional entre la motivación y las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada, y así insistir que “la justificación “*ex post*” no libera del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que ésta se adopta”⁹⁷¹.

Por último conviene tener presente que la admisión generalizada de una motivación tardía sería portadora de una serie de riesgos que desvirtuarían su figura, afectando, por un lado, al interesado al verse mermadas sus garantías de conocimiento de los motivos del acto para su posterior defensa y, por otro, a la exigencia legal de exteriorizar las razones que justifican la decisión adoptada, al permitir encubrir su incumplimiento por parte de la Administración.

⁹⁶⁷ STC 183/2006, 19 Junio FJ 3 apartado e).

⁹⁶⁸ STC 26/1981, 17 Julio FJ 16; STC 53/1986, 5 Mayo FJ 6; STS 30 Mayo 2003 F 2 apartado f).

⁹⁶⁹ STC 183/2006, 19 Junio FJ 3 apartado e); STC 53/1986, 5 Mayo FJ 6; STC 8/1992 FJ 2.

⁹⁷⁰ STS 13 Noviembre 2013 Rec. 4045/2010 FJ 3; STS 12 Abril 2011 Rec. 4995/2008 FJ 4; STS 3 Noviembre 2010 Rec. 2610/2009 FJ5; STS 14 Marzo 1994 Rec.10786/1991 FJ 3.

⁹⁷¹ STS 3 Junio 1998 Rec. 4816/1995 FJ 5; STS 14 Marzo 1994 Rec. 10786/1991 FJ 3; STS 22 Junio 1993 Rec. 3322/1991 FJ 2; STS 21 Octubre 1993 Rec.4283/1991 FJ 3; STSJ (Islas Baleares), núm 135/2013 de 19 de Febrero FJ 4; STSJ (Islas Baleares) núm.659/2012, 1 de Octubre Rec.127/2012 FJ 2; STSJ (Islas Baleares), núm. 463/2012 de 20 Junio FJ 2.

5. VÍAS DE CONTROL DEL DEBER DE MOTIVAR

La compleja organización administrativa no está exenta de disfunciones, ineficiencias y actuaciones erróneas que pueden producir perjuicios al interés general y daños a los ciudadanos. En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos varios mecanismos jurídicos que permiten fiscalizar la actividad administrativa que aspiran al logro de buenas decisiones actuando como verdaderos medios de control, con un carácter preventivo como reparador, ante el incumplimiento de la motivación en los supuestos legalmente exigidos. Tales elementos controladores del buen hacer de la Administración constituyen verdaderas garantías, resaltando, entre otras, el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa y la responsabilidad patrimonial.

5.1. El control jurisdiccional y la condena en costas a la Administración.

La consecuencia más inmediata del incumplimiento de motivar la decisión administrativa por parte de la Administración hacia el interesado es la indefensión. En el estudio de las finalidades de la motivación quedo manifiesta que uno de los objetivos a alcanzar con el cumplimiento correcto de la motivación es que el destinatario del acto pueda conocer las razones en que la misma se ha apoyado y en su caso pueda *a posteriori* defender su derecho ejercitando las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece, ya sea en vía administrativa, ya sea en vía jurisdiccional. El acceso a la vía jurisdiccional deja entrever una serie de aclaraciones que conviene dejar expuestas por la relación inexorable que mantiene con la motivación.

5.1.1. La posibilidad de aportar nuevos motivos durante el proceso contencioso administrativo.

Es habitual que gran parte de las demandas contencioso-administrativas se sustenten en la falta de motivación de la actuación administrativa, y también es habitual que la propia Administración aproveche este proceso para aportar documentos, informes nuevos para explicar en vía contenciosa la decisión administrativa adoptada; de ahí, que si contra un acto que debe ser motivado se desestima el recurso interpuesto contra él en base a argumentos que no han sido dados a conocer al particular en la motivación del acto, sería un grave perjuicio para el recurrente tener que abonar los gastos del proceso que ha provocado la propia Administración incumpliendo el deber de motivar al igual que lo sería anular un acto materialmente ajustado a Derecho que debe volver a ser

dictado ocasionando, en este caso, un perjuicio innecesario a los intereses generales. Por ello creemos es acertada la solución propuesta por parte de la doctrina ante los supuestos de incumplimiento de la exigencia de motivar y el hecho concreto de haberse aportado nuevos motivos durante el proceso contencioso administrativo, el hecho que sea la misma Administración la que asuma tales cargos. HUERGO LORA, artífice de ella, considera que es una solución que “aúna el estímulo a la Administración para que cumpla con esmero su obligación de motivar los actos administrativos y la eficacia en la compensación al particular, sin que se produzca un menoscabo alguno al interés público, menoscabo que sí se produciría, según el autor, si se anulara por razones formales un acto ajustado a Derecho en su contenido y que volvería a dictarse”⁹⁷².

Aunque se articulen medios de defensa, ello no impide que el defecto cometido ocasione serios perjuicios al particular totalmente innecesarios como el que surge a raíz del desconocimiento de las razones que fundamentan la decisión administrativa adoptada y el posterior inicio del particular de un procedimiento de revisión del acto, que si fuera el proceso jurisdiccional y perdiera estaría obligado a abonar las costas.

5.1.2. El alcance de la potestad jurisdiccional ante la falta de motivación.

Los órganos jurisdiccionales no ofrecen sentencias automatizadas que equiparen un mismo resultado ante el mismo vicio, así en los diferentes supuestos planteados con motivo de falta de motivación, los tribunales unas veces declaran la invalidez de la resolución ordenando la retroacción de las actuaciones y otras, en cambio, además se adentran a reconocer directamente el derecho si constan en el auto datos y pruebas para tomar la decisión directamente sobre el fondo. Si además de existir vicio de forma tampoco el acto es conforme a derecho, incurriendo en un vicio sustancial, lo procedente no será la retroacción de actuaciones para que se dicte un nuevo acto ilegal, sino la anulación y en su caso el reconocimiento o restablecimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente. Recae, por tanto, sobre el órgano jurisdiccional una doble elección acerca de la trascendencia invalidante de la falta de motivación que cause indefensión o impida alcanzar el fin del acto, cuando se plantea entre dos acciones, al optar por retrotraer el procedimiento para que la Administración dicte sobre el fondo la resolución que proceda, o, por reconocer la pretensión del sujeto que recurre la decisión.

⁹⁷² HUERGO LORA, A. (1998), *op. cit.*, p. 112.

Como paso previo, conviene recordar una serie de observaciones a tener en consideración relativas a las pretensiones que las partes hayan deducido en relación con la actividad o inactividad de la Administración.

La primera de ellas nos refiere a la posibilidad en nuestro Derecho de coincidir varias pretensiones diferentes en relación con una misma actuación u omisión de la Administración, de ahí que el recurso contencioso administrativo se entienda como un recurso de plena jurisdicción, del que cabe deducir, tal como recoge el artículo 31 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, la declaración de nulidad o anulación de un acto o disposición, tanto el reconocimiento de una situación jurídica individualizada como su restablecimiento y la indemnización de daños y perjuicios. La segunda apreciación nos remite al tradicional privilegio de la Administración al que se encuentran vinculadas las pretensiones de las partes, conocido como efecto preclusivo de la vía administrativa previa, que consiste en el hecho de poder deducir únicamente en vía judicial las pretensiones que se hubieran hecho valer ante la Administración en vía gubernativa. Este carácter preclusivo se predica solo con las pretensiones y no afecta por tanto a los motivos, lo que dará lugar si se pidió la anulación en vía administrativa por infringir materialmente una Ley, la posibilidad de alegar en vía contenciosa otros vicios de invalidez, como los de carácter formal, que en líneas posteriores trataremos.

En atención a tales consideraciones, el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales dependerá, aparte del vicio o vicios cometidos, ya sean de carácter material o formal, de las pretensiones formuladas y así a la vista de las alegaciones y pruebas practicadas, podrá concluirse que la decisión administrativa no solo no está formalmente motivada sino que no es, en cuanto al fondo, conforme a Derecho.

Como apoyo a todo lo expuesto y en relación al tema que cuestionamos, es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 2012 relativa a la materia de subvenciones y ayudas públicas que ante la denegación de la subvención de parte de ciertas inversiones medioambientales realizadas carente de motivación la pretensión actora no se limita a obtener un acto administrativo motivado, sino también pretende que se enjuicie la legalidad de la denegación de la solicitud evacuada en vía administrativa y al reconocimiento del derecho a la concesión de una prestación patrimonial. El Tribunal se pronuncia sobre este último aspecto en garantía de “la plenitud material de la tutela judicial”, siempre que disponga los elementos de juicio necesarios para ello.

“Por otro lado, la Sentencia recurrida no es ajena al efecto de la retroacción del procedimiento que postula el Abogado del Estado, pues acuerda que sea dictado otro acto concesional que corrija el defecto de falta de motivación. Ahora bien, en coherencia con el reconocimiento del derecho de la actora a recibir la subvención por las inversiones medioambientales, la Sala garantiza que la nueva resolución administrativa respete este pronunciamiento, determinando así en parte el contenido del futuro acto. Con ello no se suplanta la actividad técnica de la Administración, sino que se opera la consecuencia lógica de la ilegalidad del acto administrativo en un concreto extremo. El hecho de que dicha ilegalidad resulte de la prueba pericial practicada en la instancia no merma los derechos de la Administración, que bien pudo haber practicado en sede judicial, en defensa de sus intereses, la actividad probatoria encaminada a desvirtuar la pericia que ahora discute; su actitud pasiva en materia de prueba ha de repercutir necesariamente en perjuicio de su pretensión”⁹⁷³.

A raíz de esta declaración jurisprudencial, se emitieron posteriores pronunciamientos que declararon anulables las decisiones administraciones carentes de motivación o con una motivación defectuosa con el oportuno reconocimiento de la situación jurídica pretendida por el sujeto interesado, como el relativo a la denegación de solicitud de concierto educativo para el sostenimiento de enseñanzas no universitarias no sustentada en motivación alguna que justifique que el centro para el que pretende el concierto no satisface necesidades educativas y que no dispone de dotación presupuestaria. El Tribunal procede tanto a “anular la resolución de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha de 12 de abril de 2.006 en el extremo relativo a la denegación de los conciertos educativos para los ciclos y unidades de la ESO solicitados para las Escuelas Familiares Agrarias “Moratalaz”, “La Serna” y “Molino de Viento”, como a acoger “la pretensión de plena jurisdicción incluida en la demanda y reconocer el derecho de la recurrente al concierto de las unidades y ciclos denegados”⁹⁷⁴.

De forma similar en el ámbito de la función pública en un proceso selectivo de Policía foral, en el cual la prueba de acceso es recurrida ante la falta de la debida motivación de las calificaciones otorgadas al recurrente en las áreas del curso de

⁹⁷³ STS 31 Mayo 2012 Rec. 3090/2011 FJ 4.

⁹⁷⁴ STS 25 Septiembre 2012 Rec. 6430/2011 FJ 5.

formación básica, el órgano jurisdiccional no solo se conforma en declarar anulable la decisión administrativa sino que se pronuncia también sobre la pretensión del afectado reconociendo la superación de dichas áreas y nombrándolo como policía foral con los efectos económicos y administrativos pertinentes desde la fecha del nombramiento de los restantes participantes en el proceso selectivo:

“a la anulación de la resolución administrativa recurrida en lo relativo al suspenso del recurrente en las dos áreas del Curso de Formación Básica en que ha sido suspendido, por falta de motivación del suspenso en relación con las exigencias del protocolo rector del curso, debiendo reconocerle el Derecho a que se le tenga por superadas dichas áreas y por tanto el Curso de Formación Básica y a ser nombrado policía foral en el proceso selectivo en el que se le suspendió, con todos los efectos económicos y administrativos pertinentes desde la misma fecha del nombramiento de los restantes participantes en el proceso selectivo”⁹⁷⁵.

En alguna que otra ocasión la transcendencia invalidante de la falta de motivación no es determinada de forma clara e inminente por los órganos jurisdiccionales debido a la ausencia de elementos necesarios de juicio para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la concurrencia o no de los requisitos establecidos en cada caso concreto, así a pesar de existir razones que conducen a afirmar la no conformidad a Derecho del acto por razones de fondo, no se tienen argumentos para pronunciarse sobre ello. La preferencia jurisprudencial tiende en algunos supuestos con estas específica circunstancia no solo a la anulación de la resolución denegatoria sino también a la retroacción del procedimiento como se desprende de un supuesto relativo a la inadmisión de un examen previo para curso mecánico marinerio del servicio marítimo de la Guardia Civil con deficiente motivación.

“Pues bien, en el caso de autos nos encontramos con una actuación de la Administración en relación a la prioridad Quinta (antigüedad en el escalafón) confusa, oscura, y cuestionable. Sin embargo, carece la Sala de elementos para poder afirmar que el demandante poseía de forma efectiva esa preferencia o mayor antigüedad en el escalafón que los que fueron admitidos sin beneficio de

⁹⁷⁵ STS 29 Noviembre 2013 Rec. 2234/2012 FJ 12.

otras prioridades.

Por ello, hemos de estimar parcialmente la demanda y declarar la invalidez del acto impugnado en el particular relativo a la exclusión del demandante y en su virtud, disponer la retroacción del procedimiento con el fin de que la Administración proceda a instruir el procedimiento con una doble e inexcusable decisión; por un lado, deberá incluir en el procedimiento certificación expedida por funcionario que de forma precisa y detallada indique, al menos, estos dos extremos: a) Escalafón utilizado en relación con la aplicación de la Prioridad Quinta en la citada convocatoria; b) Indicación de la antigüedad según ese escalafón de todos y cada uno de los aspirantes que hubieren obtenido plaza en el Curso por haberse beneficiado de esta Prioridad Quinta; c) Indicación de la antigüedad del demandante según el citado escalafón. Y por otro lado, tras incorporar al procedimiento esa certificación, y en congruencia con la misma, se dictará la Resolución que proceda en relación al aquí demandante, bien admitiéndole si tuviere preferencia o bien excluyéndole en caso contrario. Ello claro está, sin perjuicio de las acciones del demandante para el caso de apreciar error grave o falsedad documental”⁹⁷⁶.

En la misma línea, limitándose a la retroacción del pronunciamiento se pronuncia el Tribunal Supremo en un asunto relativo a la falta de motivación de una denegación de asilo⁹⁷⁷.

“Ahora bien, el hecho de que la resolución que se recurre esté aquejada de una invalidante falta de motivación, no sólo debida a la exposición formularia de razones obstativas sin un mínimo de precisión, sino además porque se aleja de la verdad o de la realidad fáctica ya constatada en el expediente o reconocida por la propia Administración en sus informes preliminares, no determina, como consecuencia de la declaración de nulidad, otorgar al demandante el derecho de asilo o, al menos, la protección subsidiaria, pues el problema jurídico de la resolución con que nos encontramos es que no establece con la exigible claridad los hechos determinantes del fallo al que llega, hechos de los que en buena medida no hemos podido tener el conocimiento necesario para resolver por nosotros

⁹⁷⁶ STSJ (Galicia) num.527/2014, de 24 de Septiembre FJ 5.

⁹⁷⁷ STS 17 Enero 2013 Rec. 21/2012 FJ 5.

mismos acerca del fondo del asunto, sin que por lo demás los indicios que en favor del actor constan en autos posean la suficiente entidad como para hacerle acreedor del derecho reclamado.

De ahí que lo pertinente sea la anulación del acto objeto de impugnación y la retroacción del procedimiento ordinario de asilo al momento de dictarse resolución, a fin de que el órgano de decisión motive adecuadamente la decisión que adopte, en el sentido que proceda -que no prejuzgamos aquí-, previa evaluación circunstanciada de todos los hechos incorporados al expediente o aquellos otros que juzgue necesarios para mejor resolver, acerca de la solicitud de asilo promovida”.

En otros supuestos, en cambio, de manera específica el Tribunal Supremo estima conveniente pronunciarse sobre su anulación como única y exclusiva opción en relación a la falta de motivación en el acto administrativo cuando se carezca significativos para pronunciarse sobre cuestiones sustanciales, sin que la sentencia tenga que recoger la posibilidad de practicarlos nuevamente o de retrotraer actuaciones para subsanar errores, aún más cuando no exista un posible reconocimiento de derechos subjetivos. Dicho Tribunal entiende que el hecho de retrotraer una actuación inválida para subsanar errores o un procedimiento viciado “no deja de ser una pretensión impertinente y alejada del marco procesal español, sin que quepa, además, postular pronunciamientos de futuro, al margen, precisamente, de la necesaria congruencia con las pretensiones de las partes”⁹⁷⁸.

5.2. La responsabilidad patrimonial administrativa.

Una de las consecuencias jurídicas que trae consigo la inactividad administrativa refiere al deber de la Administración de indemnizar el daño producido, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos⁹⁷⁹. La responsabilidad patrimonial de la Administración puede ser un elemento crucial para influir en el comportamiento del causante del daño, en este caso la Administración, siendo posible como apuntan

⁹⁷⁸ STS 15 diciembre 2011 Rec. 2844/2009 FJ3.

⁹⁷⁹ AGUADO I CUDOLA, V. y NETTEL BARRERA, A. C. (2013): “La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración” en QUINTANA LOPEZ, T.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tomo I, 2º ed. Tirant lo blanch, pp. 293-364.

AGUADO I CUDOLA y NETTEL BARRERA en un sistema de responsabilidad de carácter subjetivo y no objetivo como el que rige en nuestro ordenamiento⁹⁸⁰.

El sistema vigente de responsabilidad de la Administración prescinde en términos generales de la culpa o imprudencia como criterio de imputación para construirse sobre pilares de carácter objetivo, caracterizándose por ello de ser un sistema que lo fundamental es la posición del administrado al que se le resarce del daño ocasionado y originado por todo tipo de funcionamiento de los servicios públicos, ya sea normal o anormal⁹⁸¹.

El hecho de que la valoración del comportamiento del sujeto responsable quede marginado ha provocado la necesidad de replantear los mecanismos de imputación matizando el pretendido carácter objetivo de la responsabilidad administrativa y no ha impedido reconsiderar la diligencia empleada por la Administración Pública, no solo abordando, como apunta MARTIN REBOLLO, su estudio desde la perspectiva de las garantías individuales del ciudadano frente a la Administración, sino también como instrumento para asegurar la eficacia de la Administración⁹⁸².

En virtud de lo expuesto, se constata que el incumplimiento del deber de motivar constituye un supuesto de “funcionamiento anormal” de los servicios públicos en el que, si concurrieran el resto de requisitos contemplados por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, acarrearía responsabilidad administrativa, tanto desde un criterio objetivo circunstancial, ante la inactividad producida, como desde un criterio culposos, ante la falta de diligencia empleada en la conducta del funcionario, entendiendo que la responsabilidad administrativa exigida responde no solo a la clásica función compensatoria o resarcitoria que tiene la Administración de reparar e indemnizar el daño producido sino también a una función preventiva⁹⁸³.

5.3. El control externo de instituciones de corte preventivo.

El Defensor del Pueblo y demás comisionados parlamentarios semejantes son órganos especializados de control cuya misión es supervisar la actividad administrativa

⁹⁸⁰ AGUADO I CUDOLA, V. y NETTEL BARRERA, A. C. (2013), *op. cit.*, pp. 301-302.

⁹⁸¹ Vid. DESDENTADO DAROCA, E. (2000): “Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/92”, *REDA*, núm. 108, p. 535.

⁹⁸² MARTIN REBOLLO, L. (1991): “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas” en AAVV: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol.III, Civitas, p. 2791.

⁹⁸³ Diferentes autores abordan el tema de las diferentes funciones que cumple la responsabilidad patrimonial de la Administración, vid. MIR PUIGPELAT, O. (2000): *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas; DESDENTADO DAROCA, E. (2000), *op.cit.*

para corregir su mal funcionamiento en beneficio de los ciudadanos. De una manera u otra, son instituciones ligadas a la insatisfacción provocada por el comportamiento de las Administraciones Públicas que a través de sus informes hacen frente a la mala administración, y aunque en la mayoría de ellos se examinan, entre otros, quejas sobre la inactividad formal singular o procedimental, el protagonismo lo asume, sin lugar a dudas, el silencio administrativo frente al incumplimiento de la motivación. Prueba de ello lo tenemos en un monográfico dedicado en exclusiva al silencio y ninguno a la motivación.

La labor del Consejo de Estado podría considerarse también como una labor de corte preventiva en materia de incumplimiento de la motivación, aunque en la actualidad no queda así constatado en los dictámenes producidos desde la aprobación de la ley 30/92. A falta de algún monográfico dedicado a las consecuencias de tal incumplimiento solo encontramos un breve comentario aludiendo a la motivación tras la reforma de la LRJPAC, reflejada en la Memoria del año 1999.

5.4. Los Códigos de conducta.

En todo servidor público existe, o mas bien, debiera de existir, una conciencia que pudiera ser avalada por la exigencia de la justificación de las decisiones adoptadas en aras de conseguir que sus elecciones tengan la máxima integridad moral. Como instrumento de reforzamiento de la conciencia colectiva administrativa surgen los códigos de conducta, como reflexión en voz alta para ayudar a la elección⁹⁸⁴. Para facilitar la toma de decisiones es importante que los códigos tengan un conjunto de normas suficientemente delimitadoras de conductas deseables y rechazables. La ética que debe guiar la conducta de los empleados públicos es la ética administrativa entendida como ética profesional que se refiere a los estándares de conducta, sólidamente definidos y establecidos que prescriben lo que los empleados públicos deben hacer, en términos de deberes de servicio público, principios, virtudes y beneficios para la sociedad.

La generalización de elaboración de códigos de conducta para los funcionarios acaecida en otros países como Estados Unidos, Nueva Zelanda, ha tenido reflejo en nuestro ordenamiento con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público y

⁹⁸⁴ VILLORIA MENDIETA, M. (2011): "La ética pública y los códigos de conducta administrativa vs. Corrupción y escándalos políticos" en AVILA RODRIGUEZ, C. y GUTIERREZ RODRIGUEZ, F. (2011), *op. cit.*, p. 195.

con la incorporación en su articulado de un Código de Conducta como ejemplo de la importancia que para el Gobierno tiene la actuación ética de los empleados públicos, considerándose necesario que un texto normativo de su importancia establezca un código que exponga de forma clara y precisa los valores de referencia que han de presidir la actuación de todos los empleados públicos, recalando en la diligencia, en el buen hacer que debe tener la Administración⁹⁸⁵.

En el aludido Estatuto el legislador resalta la importancia significativa que adquiere la motivación haciendo referencia a ella de una manera u otra en la redacción de dos artículos. En primer lugar, el artículo 52 establece que los empleados públicos han de desempeñar con diligencia las funciones que tengan asignadas, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, debiendo ajustar su actuación a los principios de objetividad y transparencia”. Haciendo uso de la definición que sobre el principio de transparencia nos ofrece el Informe Nolan, la transparencia implica que los que ocupan cargos públicos deberían obrar de la forma más abierta posible en todas las decisiones que toman y en todas las acciones que realizan, justificando sus decisiones.

Por otro lado, el artículo 53 del EBEP recoge como principio ético en su apartado décimo que los funcionarios “cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden”.

De otra parte, en el contexto europeo destacan instrumentos de *soft law* que al apostar por la buena administración confluyen inevitablemente en la motivación tal como tuvimos ocasión de comprobar en el primer capítulo al analizar tal exigencia en el Derecho administrativo europeo. Como recordatorio de ello, hemos de mencionar el Código Europeo de Buena Conducta que incluye de manera explícita el deber de indicar los motivos de las decisiones adoptadas por las instituciones, órganos, funcionarios y agentes de la Unión Europea⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Capítulo VI Título III Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁹⁸⁶ Art. 18 CEBCA.

CONCLUSIONES

CONCLUSION PRIMERA

La falta de positivización de la motivación no ha impedido que gran parte del acervo doctrinal se inquiete y participe en la tarea de ofrecer propuestas conceptuales a partir de la teoría general del acto administrativo, las cuales pudieran quedar englobadas en dos grandes alternativas: una, centrada en el estudio de los elementos del acto administrativo, con clara preferencia del elemento formal sobre los restantes, y otra, que atiende a la función que realiza o que le es encomendada, con gran insistencia en el papel transcendental que juega la motivación desde la vertiente del control jurisdiccional apreciándose, entre otros, el vicio de desviación de poder.

Tales constataciones acerca del interés conceptual de la motivación manifestadas desde la perspectiva de la teoría del acto administrativo no serían suficientes para un completo estudio de la motivación debido a los cambios profundos que se han producido en la sociedad y en el Estado, como la revolución de la sociedad de la información y del conocimiento, las privatizaciones, la revolución genética y la sociedad del riesgo, entre otros, que han puesto en alerta el sistema jurídico. Ha de entenderse que al no resultar útil los postulados del Derecho administrativo tradicional para aprehender los nuevos fenómenos y realidades de nuestro tiempo, se ha de tener presente otra teoría como la teoría sistémica caracterizada por una visión de conjunto y carácter global, a través de la cual la motivación ha de considerarse, no como elemento del acto sino como elemento del procedimiento, más bien como parte integrante de un todo junto al procedimiento, que sintetiza y exterioriza las razones y el criterio empleado respaldadas de forma congruente por el material contenido en el expediente.

CONCLUSION SEGUNDA

La mayoría de la doctrina administrativista ante la disyuntiva de elegir el término deber u obligación en relación al hecho de motivar las decisiones administrativas, se decanta por un vocablo neutral, la exigencia, mientras el resto alternan entre las dos expresiones mencionadas, con cierta preferencia por la última locución, la obligación, a diferencia de la jurisprudencia que apuesta en la mayor parte de sus pronunciamientos por el de deber.

En una primera aproximación al tema, se ha de destacar que la generalidad de las potestades conferidas a la Administración tienen el carácter de potestades funcionales

en cuanto habilitadas por el ordenamiento para servir con objetividad los intereses generales, de las cuales pueden manifestarse deberes que fueran también atribuidos a ella misma, y no al sujeto que soporta los efectos derivados del ejercicio de la potestad, por lo que se asevera que:

Primero, el deber jurídico de motivar se presenta como una manifestación de una potestad funcional en el que la singularidad se halla en el hecho de coincidir en un mismo sujeto, la Administración, el ejercicio de la potestad funcional atribuida y el cumplimiento de un deber derivado de tal potestad, deber legal como encargo, que en nuestro objeto de estudio consiste en exteriorizar las razones y motivos que sustentan la decisión administrativa.

Segundo, aparte de encontrar el deber jurídico de motivar su razón de ser en el poder que es garantía de la observancia del deber, no ha de aplicarse la ecuación correlativa de deber-derecho, pues no estamos ante un deber con un único derecho, sino con varios y diferentes manteniendo una relación de coincidencia o concomitancia: derecho a obtener una resolución fundada, derecho a una buena administración, derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa entre otros. A ellos sería posible aunar el derecho a conocer los motivos de una decisión, el cual carece de un reconocimiento explícito e individualizado por parte del legislador estatal de nuestro país que en cambio sí se ha procedido en ordenamientos de otros países como Noruega, Alemania y Suecia cuya incidencia ha repercutido en beneficio de la motivación y que en la actualidad es emulada por legisladores de ámbito autonómico en la normativa específica de la transparencia administrativa.

CONCLUSION TERCERA

Un diagnóstico axiomático de la naturaleza jurídica de la motivación es una asignatura pendiente por parte de los diferentes operadores jurídicos que con sus aportaciones facilitan la interpretación y aplicación del Derecho y que, a pesar de no haberla apartado de sus investigaciones, no la han tratado con la intensidad que se merece en el sentido de atribuirle finalmente una consecuencia tajante y esclarecedora que despejara toda duda acerca si la motivación ha de entenderse como requisito formal o material. La explicación a esa ausencia puede deberse en parte al hecho de la imposibilidad de proceder a una ecuación taxativa en torno a la naturaleza jurídica de la motivación.

La equiparación de la motivación como requisito formal o material es una decisión que, aparte de no tener reflejo legal, no ofrece unanimidad doctrinal y jurisprudencial. Pese a que para la mayor parte de la doctrina tradicional la motivación constituye un requisito formal del acto administrativo, se constatan estudios de reconocidos administrativistas con cierta predilección a resaltar su relevancia, no solo formal, sino también material o de fondo que han dado lugar a debates doctrinales enriquecedores, al sustentarse sus propuestas en el hecho de reconsiderar la noción de motivación, con una nueva reformulación del concepto en la medida en que la motivación no puede ser asimilada a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y ser esencial en aquélla el significado, sentido o intención justificativa de toda motivación con transcendencia jurídica. Tales proposiciones derivan en afirmar que la dogmática de la motivación ha de moverse entre dos extremos: uno, considerándola como elemento de forma en el que se da una justificación por referencia a los datos que obren en el procedimiento y dos, como elemento sustancial que forma parte del contenido del acto siendo la motivación en sí misma justificativa.

Otros especialistas en la materia, han entendido que pese a lo atractivo de estas nuevas propuestas por la importancia otorgada a la motivación en la medida que permite a los ciudadanos conocer las razones justificativas que respaldan las decisiones discrecionales que les afectan y el hecho de valorar la conveniencia de impugnación de la resolución, prefieren seguir manteniendo la concepción clásica de la motivación la cual permite diferenciar el elemento puramente formal de la motivación del elemento sustantivo o de fondo, que son los motivos, pues la aceptación de la motivación como elemento sustantivo del acto no permite perfeccionar el control judicial de la actividad administrativa por lo que puede tener efecto perjudicial para la adecuada resolución de los conflictos que genera el ejercicio de las potestades administrativas.

La jurisprudencia dominante somete también la motivación al régimen de los requisitos formales, aferrándose a dicho carácter para fundamentar su fallos en ocasiones ante la falta de motivación alegada, como se deduce de recientes pronunciamientos que lo avalan, existiendo también fallos que se apartan de la doctrina general, que equiparan la motivación no como un simple requisito de carácter meramente formal, sino de fondo e indispensable.

CONCLUSION CUARTA

Como reflexión personal y en relación a su naturaleza jurídica, la motivación está más cerca de ser un requisito formal que de un requisito material; y más bien precisaría que se trata de un requisito formal cualificado y ello debido tanto al hecho de transportar aspectos sustanciales del acto como son los motivos en base a la función, la cual no es única sino variada, multifuncional y polivalente. Por otra parte, el aumento de decisiones administrativas que anulan actos por simples defectos formales de motivación hace pensar que se produce un relanzamiento del valor de requisitos formales, una revitalización de los vicios procedimentales con respecto a los sustanciales. Una solución a esa dualidad planteada por doctrina y jurisprudencia sería el rescatar a la motivación como elemento formal y ubicarlo en una concepción sistémica con un cambio de paradigma, destacando su multifuncionalidad.

CONCLUSION QUINTA

El desamparo en el entorno comunitario de una norma general reguladora del procedimiento administrativo no impide, en la línea de la teoría sistémica, descender tanto al Derecho positivo como a la práctica jurisprudencial europea para rastrear la regulación de la motivación de las decisiones generada por la Comisión o, en su caso, por las agencias europeas y verificar si dicha garantía procedimental se demanda como regla general para todos los supuestos o para algunos de forma particular en el Derecho administrativo europeo .

El deber de la Administración europea de motivar sus decisiones individuales como imperativo del Derecho originario se deduce de textos tan significativos como el Tratado de Lisboa y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. El hecho de que el alcance de esta obligación regulada en el apartado c) del artículo 41.2 de la Carta, limitada por parte de los redactores de la Carta a las decisiones administrativas, difiera de la previsión efectuada en el TFUE, generalizada a todos los actos jurídicos, no incomoda ni bloquea la operatividad de la motivación pues la exigencia de la misma, presentada como un derecho de carácter procedimental en la medida en que se realiza y debe ser garantizadas en el marco de un procedimiento administrativo, es inexcusable, encontrando su máxima expresión en la aplicación directa del Derecho de la Unión Europea por la Administración europea.

El análisis de la exigencia de la motivación en ambos textos y su constatación en el Derecho derivado sectorial no resulta suficiente para un conocimiento exhaustivo y

profundo de la misma siendo oportuno, por tanto, ahondar en la construcción jurisprudencial comunitaria, la cual ha demostrado verdadero afán en delimitar la naturaleza y el alcance de la motivación de los actos administrativos europeos. La labor integradora y creadora del Tribunal de Justicia de la Unión ha sido fundamental y determinante en la consolidación de la motivación como exigencia latente en el seno de los diferentes procedimientos administrativos de ámbito europeo garantizando con ello que la actividad administrativa esté contagiada de la buena administración.

En el marco del Derecho europeo y en un contexto favorable a la codificación general de procedimiento de la administración de la Unión, el arraigo de la apuesta europea hacia una normativa procedimental homogénea y uniforme trascendería en el afianzamiento de aspectos significativos de la motivación permitiendo una mejor operatividad en nuestro ordenamiento jurídico español.

CONCLUSIÓN SEXTA

Un exhaustivo análisis de la motivación exige seguir abordando otras cuestiones como la relativa a una correcta delimitación de los perfiles y contornos jurídicos de la misma, ahondando en su núcleo ontológico, indagando los principios que justifican su actuación y los fines que se pretende conseguir con el adecuado cumplimiento de la motivación.

Estudios e investigaciones arraigados en el contexto doctrinal han permitido ratificar en esta monografía que la exigencia de la motivación no viene de forma exclusiva de la mano de texto expreso en la ley, sino también de la exigencia de principios jurídicos materiales. La exigencia de motivar determinados actos y que ello responda, entre otras cosas, a principios de orden jurídico, es un hecho que aparte de revelar la especial conexión que mantiene la motivación con ellos, ha supuesto la ruptura con el criterio que tradicionalmente se había asentado entendiendo la motivación como requisito exigible mediante texto expreso sin dar cabida a ningún principio jurídico que lo exija.

La exposición de tales principios, recordando la relación que mantiene la motivación de forma inexorable con el procedimiento en virtud de la teoría sistémica, se atiene a la clasificación que atiende a los principios del procedimiento administrativo, destacando entre los principios generales del ordenamiento jurídico en los que la presencia de la motivación es incuestionable, el principio de seguridad jurídica, el

principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de proporcionalidad, entre otros.

En relación al principio de seguridad jurídica, la motivación enlaza, por un lado, con la vertiente objetiva de la seguridad, en concreto con su aspecto funcional, en el sentido que si la Administración cumple con la motivación, garantiza el cumplimiento del Derecho y permite una de las garantías funcionales de la seguridad jurídica que es la justificación de las decisiones adoptadas, y por otro lado, la motivación conecta con la faceta subjetiva del principio en cuestión, al representar la certeza la otra cara de la seguridad, siendo el destinatario partícipe del conocimiento del Derecho a través de las razones y motivos que condujeron a la Administración a adoptar una u otra decisión.

Desde la óptica del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos la motivación se presenta como un instrumento preventivo de la arbitrariedad y como garante de una actuación administrativa racional. Para el logro de comportamientos racionales y decisiones razonables es importante tener en cuenta dos momentos, por un lado, el momento de ponderación de los datos y por otro el momento de la adopción de la decisión final, en los que debe existir una conexión lógica entre ambas operaciones, de tal manera que la decisión final sea consecuente con el material y las razones acreditadas en el expediente y siendo significativas en ambos la presencia de la motivación. La motivación avala el cumplimiento del mandato de la racionalidad actuando como instrumento para el logro de ésta como valor jurídico.

El principio general de proporcionalidad postula y hace exigible la motivación generalizada de cuantas actuaciones administrativas se desarrollen, entendiéndose no solo desde su clásico ámbito de aplicación como límite a la restricción de derechos por los poderes públicos, sino también como mandato de optimización, para así poder afirmar, sin titubeos, el papel tan significativo que demuestra la motivación cuando efectúa un control de la proporcionalidad tanto *a posteriori* como *a priori*.

En relación con la adopción de medidas ya acordadas que limiten el ejercicio de derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, el juicio de proporcionalidad actúa como parámetro de control *a posteriori* de los posibles excesos de la intervención administrativa, al corresponderle a la Administración trasladar en la motivación la adecuación de la medida para proteger el interés público, su necesidad como medida menos restrictiva y el equilibrio de la medida con la tutela de otros bienes jurídicos implicados en cada caso concreto, tal como se deja entrever del artículo 39 bis de la LRJPAC. La justificación razonada de tales presupuestos legales

anuncian la efectividad del principio de proporcionalidad facilitando el control jurisdiccional de la actividad administrativa, de ahí la importancia sublime de la adecuada motivación como exigencia ineludible que garantiza y cumplimenta el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, un nuevo ámbito operativo del principio de proporcionalidad ha quedado formulado en el estudio al identificarse como instrumento de optimización de medidas para la aplicación de otros principios como el principio de igualdad y los que protagonizan las razones imperiosas de interés general, destacando la posibilidad de anticipar de forma preventiva el control de proporcionalidad; de ahí que la exigencia de la motivación lleva adherido un control *a priori* del juicio de la proporcionalidad. De esta doble funcionalidad del principio de proporcionalidad, se constata que la motivación debe, en definitiva, entenderse tanto un instrumento que refleja el resultado del juicio de ponderación como un instrumento de control que actúa como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad de la decisión administrativa adoptada.

CONCLUSION SEPTIMA

Otros principios que surgen de las inquietudes sociales, de las nuevas necesidades y de la convicción social que el pueblo va adquiriendo, como el principio de buena administración y el principio de transparencia, retienen también de una manera u otra a la motivación manteniendo importantes conexiones con ella.

El Principio de buena administración, entre muchas singularidades, destaca por centrar sus esfuerzos en técnicas orientadas a la racionalización del procedimiento para lograr una gestión administrativa más eficiente ejerciendo como estrategia complementaria de una serie de actuaciones necesarias para adecuar la Administración a los nuevos retos a los que se enfrenta. La simplificación administrativa aglutina toda esa serie de actuaciones que no constituye un fin en sí misma sino que, como cualquier actividad administrativa, es un medio que debe ponerse al servicio de los intereses generales y que no solo se proyecta en la modernización o reforma administrativa con medidas de carácter organizativo y tecnológico para mejorar la eficacia de la actuación administrativa sino también en el procedimiento en sí para hacerlo menos complejo y eficiente. Ante las diversas funciones que desempeña el procedimiento para lograr sus fines, son significativas las aportaciones doctrinales que reflexionan sobre ello y nos obsequian con un nuevo principio jurídico de simplificación del procedimiento administrativo, que permite modular y conciliar los parámetros de lo debido con lo

adecuado, equilibrando las exigencias formales de la tramitación respecto a las finalidades sustantivas implicadas en el procedimiento. En este nuevo contexto de simplificación procedimental, una exigua interpretación que asimile la simplificación de trámites contenidos en cada procedimiento con la eliminación de trámites esenciales, como pueda ser la motivación, ha de relegarse al entender dicha exigencia como un instrumento determinante que permite comprobar el correcto desarrollo del *iter* procedimental equiparándose a una técnica de simplificación administrativa que corrobora el logro de una eficiente actuación administrativa.

CONCLUSION OCTAVA

La plasmación del principio de transparencia en una normativa concreta y aprehensible, como el hecho de la aprobación de la Ley estatal de Transparencia, es de gran importancia, pues la intención de procurar que se pongan a disposición de la ciudadanía de manera clara y detallada las razones por las que el Sector Público hace lo que hace, conlleva a un inmediato rescate de la motivación otorgándole su valor perdido. La motivación de las decisiones administrativas contribuye al logro de una administración más transparente y próxima a los ciudadanos.

En el proceso de materialización de la transparencia en el derecho de acceso a la información pública, la relevancia de la motivación se hace notar en cuanto los efectos de tal derecho que puede sufrir diferentes modulaciones, ya estemos en supuestos de causas de inadmisión, en los que se amplía, ya estemos en supuestos de acceso parcial, en los que se disminuye.

La transparencia no se agota en el derecho de acceso a la información administrativa, pues también puede canalizarse a través de los más variados procedimientos. El procedimiento aparte de ser el cauce a través del cual la Administración adopta sus decisiones formales más relevantes, como los actos administrativos, también se entiende, como sistema de comunicación entre Administración y ciudadano, concibiéndose como cauce de acceso a la información. Entendido así como un lugar dónde se obtienen los datos, se procesan y se intercambia la información, es relevante las normas de procedimiento que disciplinan su tratamiento como ocurre con la motivación.

La motivación constituye una manifestación elemental de la transparencia administrativa en toda clase de procedimientos, siendo su intensidad diferente; así en los procedimientos aplicativos que tienen por objeto inmediato garantizar derechos o

intereses individuales, la respuesta material está ya predeterminada en la ley y la transparencia sirve a los fines de defensa y del ulterior control judicial, se exigirá una adecuada motivación de la resolución adoptada de los hechos y fundamentos de Derecho en los que se sustenta mientras que aquellos procedimientos en los que se decide lo que la ley no ha resuelto, donde se innova y se crea Derecho, la motivación adquiere sustantividad propia actuando como verdadera estrategia de la transparencia que se resuelve a través de un juicio en el que han de ponderarse bienes o intereses, como ocurre en el ejercicio de potestades discrecionales.

CONCLUSION NOVENA

Si algo caracteriza a la motivación y la hace peculiar es su multifuncionalidad debido a los variados fines que persigue. Del análisis de todas las finalidades adheridas a la motivación se constata que no siempre el beneficiario del cumplimiento adecuado de la motivación confluye en un mismo y único destinatario, de ahí que la simple limitación del sujeto destinatario del acto al interesado ocultaría parte de la realidad jurídica sobre la que se asienta la motivación. Tal equiparación sería admisible si se acotara el acto administrativo a una perspectiva privatista calificándolo como una mera declaración de voluntad, lo cual no tendría sentido si las miras de este trabajo van anexas a una visión más sistémica y global que entiende el acto también como acto jurídico público en el que se manifiesta de forma externa el ejercicio del poder aplicando la norma correspondiente. Por todo ello se expone y se confirma que según la finalidad en la que se haga hincapié y se resalte, el destinatario irá variando, ya sea el interesado y potencial recurrente, el ciudadano miembro de la colectividad, el órgano que conoce del recurso administrativo o incluso el órgano jurisdiccional.

Mientras desde la óptica del órgano jurisdiccional, la motivación se presenta como un elemento indispensable para el control de legalidad del acto administrativo que facilita su fiscalización por los tribunales de justicia; desde la óptica del ciudadano, afloran diferentes finalidades que impregnan a la motivación de determinantes y significativas peculiaridades.

La finalidad cognoscitiva alienta el conocimiento de la voluntad administrativa por parte del interesado, pues la motivación actúa como medio que permite determinar con certeza y exactitud dicho enlazando con la seguridad jurídica al garantizarse a su vez seriedad y asegurarse rigor en la formación de la voluntad manifestada. Este específico

conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales.

La finalidad defensiva de la motivación, suscrita doctrinal y jurisprudencialmente de forma reiterada, permite la impugnación de la decisión administrativa y conecta con dos derechos constitucionales que se reavivan ante el cumplimiento o no adecuado de la motivación: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia. En aquellos supuestos que la decisión administrativa no se motive o contenga una fundamentación irrazonada o irrazonable puede vulnerar el derecho a la tutela, pues la inexistencia de elementos como la motivación que privan del conocimiento de las razones que justifican la decisión administrativa adoptada, de una manera u otra, supone un obstáculo al acceso a la jurisdicción. La motivación desempeña, por tanto, un importante papel de garantía mínima precontenciosa en su relación con la posición del particular frente al procedimiento administrativo pues la exigencia de la misma se presenta como garantía procedimental que recoge la justificación racional en la ponderación de intereses que se haya producido y permite mejor defensa del interesado.

En los procedimientos administrativos de carácter sancionador, la motivación opera también como una verdadera garantía formal que rige en la valoración de las pruebas practicadas cuando se basan en meros indicios o presunciones, de ahí que su falta o un cumplimiento inapropiado comporta la lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Junto a la finalidad cognoscitiva y defensiva que caracterizan a la motivación, se suma una función democrática que presenta la motivación como un autentico elemento de control por parte de la opinión pública. La Administración se democratiza a través de la motivación al estar obligada a rendir cuentas tanto a los interesados como a la colectividad de la no arbitrariedad de sus decisiones adoptadas según el canon de legitimación racional. La función justificadora que envuelve a la motivación prevalece sobre la meramente informativa cuando el destinatario es la comunidad, pues ha de demostrarse ante la opinión pública, al no tener acceso a los elementos del procedimiento, que el acto administrativo no es fruto de un voluntarismo autoritario improcedente provocando de una manera u otra un control difuso y democrático sobre la racionalidad del poder.

Todas las finalidades expuestas consolidan el fundamento sobre el que sostiene la motivación pero también evitan de manera implícita la presencia de una serie de

riesgos que atentan la razón de ser de la motivación , que permiten definirla, a su vez, como un instrumento preventivo de la arbitrariedad y como un claro indicador del vicio de desviación de poder.

CONCLUSION DECIMA

Las diferentes finalidades que arrastra la motivación surten efecto en la medida que la Administración cumple con el deber de resolver en plazo, de ahí que la ausencia de resolución expresa generada ante el incumplimiento de la obligación legal revierte en la motivación.

La delimitación del ámbito material del contenido que encierra la obligación de resolver es determinante para afirmar si dicha exigencia queda satisfecha meramente con dictar una resolución administrativa o si se deduce también la demanda de motivar la citada resolución fuera de los supuestos legalmente contemplados. Se verifica que hay una clara instrumentalidad de la exigencia de una resolución respecto a conocer los motivos que han decidido a la Administración adoptar finalmente por una opción, sin que dicha instrumentalidad signifique que en todo caso el incumplimiento de la obligación de resolver provoque el incumplimiento de la obligación de motivar; y ello, en primer lugar, por cuanto no todo acto administrativo resolutorio debe necesariamente motivarse y en segundo lugar por el hecho de entenderse cumplida en determinados supuestos dicha exigencia a lo largo del procedimiento constando en el expediente, en los supuestos que legalmente haya de producirse.

Como posible secuela del incumplimiento del deber de resolver destaca la técnica del silencio administrativo que a pesar de la función garantista que desprende, propaga cierto peligro para la subsistencia y efectividad del deber de dictar una resolución motivada y expresa como se observa en supuestos de denegación presunta tanto en los que se impugna el silencio como en los que se produce una resolución tardía expresa desestimatoria. Sería conveniente que el legislador dejara reflejado, como ocurría en legislaciones anteriores, que en supuestos de denegación presunta no se excluye el deber de dictar una resolución expresa debidamente fundada. La consolidación del silencio como verdadera garantía se asentaría si se permitiera al interesado conocer los motivos en los que se basa la presunta desestimación y así proceder a su impugnación con conocimiento de causa, realzando el significativo papel que ostenta la motivación. La doctrina se lamenta que ni siquiera el texto constitucional parece haber dado lugar en la habitual exposición del derecho positivo, a una

reinterpretación adecuada de los textos en presencia que garantice un derecho de información *a posteriori* sobre los motivos de un acto administrativo o de una decisión presunta, hecho que se explica por la redacción lejana al valor de la opinión pública.

Por todo ello, sería aconsejable un nuevo replanteamiento del silencio administrativo que devuelva su sentido original de garantía para el administrado que no solo incluya el deber de resolver sino también el deber de motivar la decisión administrativa adoptada y que acompañado de las oportunas sanciones revaloricen a la motivación con la plena operatividad de todas sus finalidades, que recordamos van dirigidas tanto en interés del interesado, del propio juez que controla el acto como también de la colectividad.

CONCLUSION UNDECIMA

El interés por la plena operatividad de una adecuada y correcta motivación invita a abordar de forma pormenorizada los requisitos que han de ser necesarios para que el cumplimiento de la motivación sea lo más coherente y eficaz posible, atendiendo tanto a los aspectos formales y de contenido como los aspectos subjetivos, con especial y sustancial referencia, ante el hastío del legislador, a los pronunciamientos jurisprudenciales y aportaciones doctrinales.

En relación a los aspectos formales, la labor jurisprudencial es fundamental y determinante para modelar como deben exteriorizarse las justificaciones de las decisiones administrativas afirmando que la motivación ha de ser sucinta, suficiente y congruente con la decisión administrativa adoptada. No se exige una extensión determinada ni una fundamentación exhaustiva sino que en aras de cumplir la función garantizadora, la motivación ha de ser lo suficientemente indicativa de las razones que justifican la resolución, dependiendo su magnitud de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, por lo que, atendiendo a las circunstancias del asunto, ya sea el contexto en el que se desenvuelve, ya sea la materia sobre la que verse el acto, el alcance de la motivación variara, pero siempre con la innegociable presencia de la expresión de los criterios esenciales que fundamentan la toma de decisión.

CONCLUSION DUODECIMA

La complejidad de la materia objeto del acto administrativo no ha de comportar la exención de motivación, o la devaluación de tal exigencia, sino, por el contrario, ha de

estimular la búsqueda de fórmulas concretas de exteriorización de las razones de la decisión, que sean específicas en relación con el destinatario del acto administrativo. En este estudio se reflexiona sobre ellas y se verifica que las fórmulas convencionales o estereotipadas se admiten, en ciertas ocasiones, con cierta cautela como motivación en supuestos tales como los relativos a materia de extranjería y de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, en los que se hacen uso de impresos normalizados y generalizados para justificar determinadas decisiones administrativas, siempre que puedan conocerse las razones y criterios esenciales que sirven de soporte a la decisión administrativa adoptada, mientras que la opción por fórmulas con signos alfa-numéricos gozan de una aceptación más afianzada, en especial en procedimientos de concurrencia competitiva.

De forma particular, la motivación con signos numéricos requiere de cierta atención pormenorizada tal como ha quedado expuesta en la investigación ante las dispares manifestaciones jurisprudenciales observadas al respecto, pues si bien la admisión y aplicación por parte de los operadores jurídicos de la misma no plantea dilema alguno, no ocurre lo mismo con la aceptación de una mera asignación de puntos sin fundamentación alguna como motivación válida y suficiente. La preferencia de la motivación por puntuación de manera clara y detallada en la que quede constancia de los criterios empleados y las razones aportadas frente a una mera indicación de la misma se ha ido implantando de forma progresiva y el arraigo de una línea jurisprudencial que reclama de los órganos una motivación que no se limite a la expresión de una puntuación o calificación sino que ofrezca las razones que han conducido a ella cuando sea objeto de reclamación cada vez es más notoria, como se deduce de declaraciones referentes al acceso a la función pública y a la contratación administrativa. La explicación de ello trae causa, como se refleja en el estudio, de la evolución jurisprudencial que de forma paralela se ha dado en relación a la discrecionalidad técnica y a la necesidad de motivar el juicio técnico; de ahí que se constate que en los supuestos que el órgano evaluador haga suyas las puntuaciones del Comité asesor, tales puntuaciones servirán como motivación siempre y cuando se hayan incorporado al informe de dicho Comité las razones de las determinadas y específicas calificaciones, optando de forma ineludible por una exposición razonada de los criterios justificativos, en especial cuando el interesado reclame la motivación de la calificación y cuando el informe técnico únicamente contenga una cifra numérica sin añadir una explicación relevante.

En el contexto de las resoluciones sancionadoras, la fórmula de incluir un estampillado en la propuesta de resolución cumple con el requisito de la necesaria motivación de los actos administrativos, sin producir indefensión, ni confundir la función de instrucción y resolución, siempre que dicha propuesta exprese debidamente las razones fácticas y jurídicas de la sanción que se impone.

CONCLUSION DECIMO TERCERA

El contenido de la motivación se configura en primer lugar sobre los hechos acaecidos que permitan verificar la realidad sobre la que se asentará la decisión administrativa adoptada; en segundo lugar, la norma en la que se basa y el fin que persigue y por último las razones o motivos que a veces se exigirán en mayor o menor medida dependiendo del contenido de los actos. La presencia de todos ellos puede verse mermada, en determinados supuestos, en beneficio de otros intereses que actúan como límites del contenido de la motivación, como la protección de datos y la confidencialidad.

De los sumandos enunciados, uno de ellos, los motivos, han requerido particular atención ante posibles situaciones que suscitan desconcierto y deficiencias en el tratamiento correcto de la motivación, generando las siguientes afirmaciones. Primera, los motivos han de entenderse como parte escindible de la motivación. Segunda, la ausencia de los motivos no equivale siempre a un acto inmotivado, dependerá en gran parte si se causa o no indefensión al interesado. Tercera, si la omisión de razones afecta a las verdaderas y auténticas, recogiendo la motivación aquellas erróneas e irrelevantes del acto, la secuela originada es más perjudicial que en supuestos de falta de motivación, pues una motivación inadecuada desorienta al destinatario del acto haciéndole creer que el acto tiene unos fundamentos específicos condicionando su decisión de impugnar o aquietarse con respecto a ellos. Cuarta, la revelación de las genuinas razones de forma tardía por parte de la Administración priva al recurrente de los conocimientos necesarios para valorar si es o no pertinente la impugnación del acto, así como para decidir la fundamentación de la demanda generando una situación injusta que ocasiona graves daños al recurrente, especialmente si pierde. Quinta, la discrepancia del recurrente con los motivos no supone falta de motivación; que el recurrente no comparta los argumentos empleados, no cabe interpretar que tal situación sea equiparada a una ausencia total de motivación. En variadas ocasiones las decisiones administrativas son recurridas alegando falta de motivación cuando en realidad dicha

exigencia sí es cumplida aunque de manera muy sucinta pero suficiente porque en sus fundamentos se contienen las razones de la decisión que se expresa en el fallo.

CONCLUSION DECIMO CUARTA

El legislador de la vigente LRJPAC, al igual que hizo el de su predecesora, enmudece al hacer referencia acerca del órgano que debe realizar materialmente la motivación. Al no atribuirse legalmente de modo general la exigencia de la motivación a un órgano concreto ni hacerse mención expresa de sus rasgos característicos que sería conveniente tuviera, debemos tener presentes dos cosas: una, que aunque en un principio la labor de cumplimentar la motivación recae en el órgano sustantivo junto a la obligación de resolver habrá que estar a las circunstancias de cada caso que requieran el auxilio de otros órganos, variando así el grado de implicación y participación del órgano sustantivo en la tarea de realizar la motivación. Reflejo de ello lo tenemos en procedimientos como los de selección de personal, procedimientos de contratación y de evaluación de impacto ambiental, requiriéndose en todos ellos de la participación de órganos especializados, como los Tribunales Calificadores, la Mesa de Contratación y los órganos ambientales, que emitirán el respectivo juicio especializado y que servirá de motivación *in alliunde* recogida finalmente por el órgano sustantivo. Y dos, que el órgano en cuestión, puede ser tanto unipersonal como colegiado, adquiriendo especial importancia el acta como motivación de los acuerdos colegiales.

CONCLUSION DECIMO QUINTA

Nuestro ordenamiento se construye, en referencia a los supuestos que deben ser motivados, sobre la enumeración de una serie de actos administrativos reflejados en un solitario artículo 54 y de otros supuestos que se enuncian de forma expresa a lo largo del articulado de la ley como el rechazo de las pruebas propuestas por el interesado y la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, entre otros. De la lectura del artículo 54 se infiere que aunque la ley parte del principio de innecesariedad de la motivación de los actos administrativos, se invierte en la práctica la excepción de motivar en la regla general ante la extensión y variedad de lo expuesto legalmente.

La motivación de los actos que limitan los derechos subjetivos e intereses legítimos son los que demandan una mayor y eficiente operatividad. Las cualidades que en términos generales se predicán de la motivación de cualquier acto administrativo no siempre son extrapolables por igual a la motivación de todos los actos que limiten

derechos subjetivos, requiriéndose para éstos de cierto plus por la fuerza expansiva que se deriva de los mismos, no bastando la “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derechos”. En referencia a la motivación de un acto que limite un derecho fundamental, la Administración ha de ponderar las concretas circunstancias que han concurrido y razonar en su resolución los motivos que justifican la resolución finalmente acordada, permitiendo una mayor y eficaz fiscalización de la proporcionalidad y razonabilidad de la restricción.

Los actos que devienen del ejercicio de potestades discrecionales son los más inespecíficos de todos los que figuran en el listado del precepto aludido y los que han dado lugar a mayor conflictividad, observándose ciertas peculiaridades en relación a la motivación. La obligatoriedad de dicha exigencia en estos casos aporta especial valor en el ejercicio de las potestades discrecionales pues el uso correcto de las mismas precisa justificar, con suficiencia, los presupuestos fácticos y jurídicos que han llevado a optar una entre las variadas opciones con que la Administración puede elegir para satisfacer el interés general, siendo indispensable que la Administración exprese clara y suficientemente el proceso lógico que lleve a su decisión. En supuestos concretos de discrecionalidad técnica en los que se reduce el margen de valoración subjetiva consustancial a la discrecionalidad, el criterio jurisprudencial no ha sido uniforme destacando una línea jurisprudencial predominante que ha mantenido tanto la imposibilidad de realizar en ámbitos concretos de discrecionalidad técnica, como el de concursos y oposiciones, un control de fondo como la necesidad de limitarse a un control mínimo que excluye la fiscalización del juicio técnico del órgano administrativo y una vía alternativa promotora de un cambio que prevé que la discrecionalidad técnica no debe ser un obstáculo insalvable para fiscalizar las decisiones de los órganos especializados de la Administración, estableciendo la necesidad de motivar el juicio técnico en base a que uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y este cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Otro gran avance en el afianzamiento de la transcendencia de la motivación lo ha supuesto el tránsito de la inexigibilidad a la obligatoriedad de la motivación en asuntos relativos a nombramientos de determinados puestos públicos como cargos jurisdiccionales, Fiscales y Magistrados del Tribunal Supremo, y funcionariales de libre designación y en los referentes a las evaluaciones de las pruebas selectivas. En las

valoraciones de los méritos y las calificaciones de estas pruebas resaltan discrepancias jurisprudenciales en torno al alcance que ha de darse a la motivación que comporta el informe razonado sobre la valoración que merece cada concursante concretando qué elementos deberán constar en el informe para que a través de él pueda considerarse debidamente cumplido el requisito de motivación y en cuanto a la admisibilidad de los informes de valoración sustentados con una simple asignación numérica como motivación suficiente. Del examen de tales pronunciamientos se manifiesta y expone una serie de puntualizaciones en torno a la necesidad de motivar las calificaciones y las valoraciones de los méritos. Primero que cualquier aspirante afectado por las puntuaciones otorgadas tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y méritos que hayan sido aplicadas por el Tribunal competente, y esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra tales puntuaciones. Segundo, que no siempre bastara para entender motivada la valoración de méritos y calificaciones con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, siendo necesario recoger los criterios de valoración o partir de la propuesta de valoración que asumirá la Comisión de evaluación y que ha de contener la justificación. Tercero, para valorar la exigencia de la motivación es necesario distinguir entre los distintos tipos de méritos evaluables que puedan darse.

CONCLUSION DECIMO SEXTA

El listado de los diferentes supuestos que de forma expresa ha confeccionado el legislador en relación a la exigibilidad de la motivación, se clausura con la referencia a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva. Del particular análisis de los procedimientos selectivos en el ámbito de la función pública, la notoriedad de la motivación queda reflejada en los procedimientos de acceso y provisión de puestos de trabajo, tanto en los sistemas ordinarios como en los extraordinarios; así mientras en los primeros el contenido de la motivación ha de recoger, en cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria, tanto la motivación del tribunal calificador como la fundamentación de la resolución con los criterios adoptados, en los segundos la motivación actúa como límite de la cláusula de necesidad que justifica la actuación administrativa.

Por otro lado, en los procedimientos de contratación pública, el principio de transparencia participa de forma transversal en todo su desarrollo y en aras de conseguir

materializarlo y potenciarlo es significativa la función que juega la motivación tanto en la fase preparatoria del contrato de forma puntual al justificar la necesidad de la contratación y la elección del procedimiento, como en la fase de adjudicación, en el proceso de evaluación de las ofertas y al insistirse como actuación básica en el acto del desistimiento del procedimiento de adjudicación, en el ejercicio del *ius variandi* y para la viabilidad de las proposiciones con valores anormales o desproporcionados.

CONCLUSION DECIMO SEPTIMA

En determinadas ocasiones y no siendo lo habitual, el deber de motivar se debilita al quedar dispensada la Administración de aportar las razones que la han llevado a tomar una u otra decisión en los casos legalmente establecidos. Tal dispensa se deja entrever en asuntos tales como los actos derivados del ejercicio de potestades graciabiles por el Gobierno junto a los de extranjería, en relación a los visados que no se refieran a los de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena ni a los de estancia o de tránsito, al quedar exentos del cumplimiento de la motivación.

CONCLUSION DECIMO OCTAVA

En la práctica administrativa se flexibilizan las reglas estrictas de fundamentación razonada de toda la actividad producida, admitiéndose tanto la referencia acertada y suficiente a hechos y fundamentos de derecho contenidos en el propio acto administrativo como las referencias a informes o dictámenes expuestos en el propio expediente. El cumplimiento de la motivación puede realizarse, al no tener reservado legalmente ningún momento concreto para ello, en diferentes momentos del proceso de elaboración del acto administrativo, ya sea en un momento anterior a la manifestación expresa de la voluntad administrativa durante el proceso de recogida de información, ya sea en el mismo momento de expresión de tal voluntad. De ahí que, en un principio, puede hablarse de una motivación contextual y una motivación no contextual o por remisión.

Las referencias a informes o dictámenes que preceden a la decisión administrativa son reconocidas jurisprudencialmente de forma generalizada como otra posible modalidad de motivación pero condicionada a la existencia de razones, las cuales el interesado haya tenido conocimiento y acceso. La jurisprudencia mantiene una interpretación extensiva que refleja la innecesariedad de transcribir literalmente los documentos y respalda que la remisión pueda abarcar tantos los informes que se

admiten con cautela, los dictámenes que se afianzan como las propuestas de resolución y el acta de los acuerdos colegiales.

La funcionalidad de la motivación por remisión puede verse tambaleada por una serie de interferencias que interrumpirían su plena operatividad, como la denegación expresa del derecho de acceso y la omisión del trámite de audiencia. En ambas situaciones sería aconsejable el traslado del informe o dictamen junto con la resolución administrativa adoptada garantizando así que el interesado tenga finalmente constancia de las razones que justifican dicha decisión.

CONCLUSION DECIMO NOVENA

La actividad administrativa ha sido objeto de muchas de las transformaciones que arrastra la revolución tecnológica e informática en la que estamos inmersos. El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación ha tenido efectos decisivos sobre ella como se manifiesta en la creciente automatización de la actuación administrativa y la gestación de la Administración electrónica. La automatización de procesos no se puede trasladar a cualquier actuación administrativa, siendo más viable en el ámbito de las potestades regladas que en el ámbito de las potestades discrecionales.

La actuación administrativa automatizada produce un acto administrativo sometido a los mismos requisitos de validez y de eficacia tanto si nos encontramos ante actos administrativos de naturaleza presencial como realizados por medios electrónicos. Una programación adecuada permitirá que la producción del acto respete las garantías formales y materiales y sea válido.

La motivación del acto configurada tradicionalmente desaparece en la automatización administrativa y pasa a integrarse en el mecanismo de producción de la actuación administrativa, por tanto la motivación del acto administrativo automatizado se integra por una adecuada programación y solo mediante la revisión de esta programación se podrá reaccionar ante el acto administrativo emitido. Curiosamente ni en la LAE ni en el reglamento que la desarrolla, contemplan la figura de la motivación de la actuación administrativa automatizada lo que genera cierta incertidumbre e inseguridad.

Previo a la automatización del acto, debe confeccionarse y aprobarse una programación que recoja el acto administrativo a automatizar y que defina las especificaciones y las condiciones técnicas y jurídicas que tienen que ser evaluadas para garantizar que el acto administrativo emitido es válido. Deben quedar expuestas las

razones o motivos que sustentan la decisión administrativa automatizada que ha sido adoptada, y que dan cabida en el ejercicio de potestades regladas. Por tanto, el programa constituye uno de los requisitos técnicos que determinarán la validez de dicha actuación y que recoge la motivación de los actos administrativos automatizados

La práctica de la motivación automatizada ensambla mejor en aquellos supuestos en los que se da una motivación predeterminada como en aquellos que se proceda a un esquema simple de silogismo subjuntivo, ante determinados hechos la aplicación de una norma.

CONCLUSION VIGESIMA

El estudio de la notificación administrativa despierta interés en aquellos supuestos en los cuales la motivación del acto administrativo va adjunta al texto del mismo conociendo el interesado las razones que sustentan la decisión administrativa con la comunicación del propio acto, y ello por varias razones. Primera, se constata que la motivación forma parte del contenido de la notificación, transcribiendo ésta la totalidad del texto del acto, que ha de contener no solo la decisión o parte dispositiva, sino también la parte expositiva y su motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Segunda, pese a que el cumplimiento correcto y adecuado de la notificación repercute en el logro de las finalidades que arrastra la motivación, la notificación defectuosa no es causa para anular un acto alegando falta de motivación si la información se deduce del propio expediente. Tercera, ante la presunción de conocimiento que recae sobre las notificaciones es significativa la constancia de la práctica de la notificación para garantizar un correcto y adecuado conocimiento de la motivación. Cuarta, cuestiones relativas a las notificaciones electrónicas, en concreto a la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido de la notificación, generan cierta polémica doctrinal que urge enmendarlas al afectar tanto al régimen interno de la notificación y por consiguiente a la eficacia del acto administrativo como a la operatividad y funcionalidad de la motivación.

CONCLUSION VIGESIMO PRIMERA

Las consecuencias jurídicas que irradia tanto la manifestación defectuosa como la ausencia u omisión de la propia motivación es una cuestión carente de reflejo legal que no se solventa con un análisis del control de la legalidad de la motivación en abstracto o de acuerdo con pautas generales de las que se atribuyan una única

consecuencia que englobe todas las posibles manifestaciones de la falta o defecto de la motivación, pues será en cada supuesto concreto donde pueda valorarse si atendidas las especiales circunstancias concurrentes se expresan las razones suficientes que dan a conocer la fundamentación del acto y dan por cumplida la exigencia legal de motivación. El incumplimiento de la motivación no queda circunscrito al ámbito del acto administrativo, sino que las secuelas que origina la falta de motivación o una motivación defectuosa pueden a su vez tener repercusiones en otros círculos colaterales al acto, no por ellos menos importantes, como los relativos al propio procedimiento en el que va inserto el acto administrativo que ha quedado huérfano de una adecuada motivación, al interesado que ve mermada su posibilidad de defensa y, por último, al modo de proceder de la actuación administrativa.

Del incumplimiento del deber de motivar que trae causa tanto de una ausencia de la motivación como de la materialización de una motivación defectuosa, latén una serie de patologías que conectan la falta de motivación con una conducta negligente de la Administración y con dos importantes vicios de legalidad del acto administrativo presentándose dicha falta como indicio de arbitrariedad y como indicador del exceso de poder. De todas ellas y ubicando a la motivación como requisito formal cualificado, la más relevante es sin duda la falta o defecto de la misma que verifica un vicio de forma invalidante, y no una simple irregularidad del acto siempre que tal hecho produzca cierta indefensión al interesado o impida alcanzar el fin, tanto el concreto que persigue el acto como los colaterales que van adheridos al cumplimiento de las finalidades de la motivación. En la mayoría de los supuestos, esta falta de motivación o su manifestación defectuosa genera la invalidez del acto con el grado de anulabilidad del mismo; no obstante se constata de pronunciamientos jurisprudenciales que en determinadas situaciones relativas a materias que afecten a derechos fundamentales, de régimen disciplinario y de extranjería e incluso en el ámbito sancionador, la invalidez del acto declarada se cataloga con la categoría más grave e intensa que existe: la nulidad de pleno derecho.

CONCLUSION VIGESIMO SEGUNDA

Una de las peculiaridades del acto administrativo gira en torno al principio general de conservación que pretende asegurar que cada acto cumpla su función en la medida de lo posible, incluso cuando se encuentren envueltos en supuestos de invalidez. De tal afirmación se deduce que la falta o defecto de motivación es un vicio viable de

enmienda mediante una de las posibles técnicas que potencian dicha conservación: la subsanación como medio de convalidación de los actos anulables.

La línea de actuación jurisprudencial es proclive a la admisión de la subsanación como técnica convalidatoria en asuntos relativos a ayudas públicas y expropiación y con cierta cautela, para aquellos supuestos en los que acontece la omisión de un informe preceptivo que sustenta la motivación. Al no establecer la LRJPAC prohibición alguna de subsanar los informes preceptivos, cabría afirmar que no existe obstáculo alguno, en principio, que impida la subsanación de este tipo de vicios, siempre que sea posible la revisión del acto por la Administración. Si el informe coincide con el acto que se recurre, el vicio se subsana y en el supuesto que el informe sea contrario al acto que se recurre, la emisión tardía del informe subsana el vicio de forma pero revela la existencia de un vicio de fondo, siendo necesario la anulación del acto. Al estar en vía de recurso, la autoridad administrativa que resuelve puede anular el acto y sustituirlo por otro acorde con el informe emitido, entendiéndose a su vez que el acto se ha motivado. Ahora bien, si los informes omitidos se aportan en vía judicial y son informes elaborados por la Administración en fase de prueba, por tanto, después del acto impugnado, la jurisprudencia ha insistido de forma contundente que tales informes no pueden servir de motivación del acto, ni siquiera por referencia sin procederse a la convalidación de la motivación.

CONCLUSION VIGESIMO TERCERA

El aplazamiento de la motivación a un momento posterior a la adopción del acto administrativo, acarrea el incumplimiento del deber de exponer las razones y motivos que sustentan la decisión adoptada. Esta motivación extemporánea es oportuna diferenciarla de la convalidación de una motivación defectuosa, debido a que el hecho de cumplimentar la motivación difiere del hecho de aportar los motivos en un momento diferente al momento de expresión de la voluntad administrativa. Si el defecto consiste en la ausencia total de la motivación, se diluye en un mismo instante la convalidación de una motivación defectuosa con una motivación extemporánea.

Pese a que la generalidad de la jurisprudencia avala la práctica administrativa de subsanar el defecto de la falta de la motivación con la resolución del recurso como momento para llevar a cabo la exteriorización de las razones, no siempre el traslado de razones y motivos en vía administrativa de recurso será admitido como supuesto de motivación extemporánea válido y adecuado generándose por ello cierta falta de

concordancia y simultaneidad en el círculo jurisprudencial como se deduce de asuntos que conciernen a procedimientos selectivos de personal docente, ocasionando graves perjuicios a los interesados.

Del examen de esta posible modalidad de motivación tardía se constata que una admisión generalizada de la misma sería portadora de una serie de riesgos que desvirtuarían su figura, afectando, por un lado, al interesado al verse mermadas sus garantías de conocimiento de los motivos del acto para su posterior defensa y, por otro, a la exigencia legal de exteriorizar las razones que justifican la decisión adoptada, al permitir encubrir su incumplimiento por parte de la Administración

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, A. (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales.
- ACOSTA GALLO, P. (2007): “Administración electrónica: ¿existe un derecho fundamental a la protección de los datos personales?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.15.
- AGUADO I CUDOLA, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons.
- AGUADO I CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012): *El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*
- ALBALADEJO, M. (2013): *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Edisofer, 19º ed.
- (2011): *Compendio de Derecho Civil*, Edisofer, 14º ed.
- ALDOMA BUIXADE, J. (2012): “Medidas de simplificación administrativas” en TORNOS MAS, J. (2012), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, pp. 335-340.
- ALEXY, R. (1988): *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa.
- (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALONSO GARCIA, R., SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. (2006): *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Civitas.
- ALVAREZ GARCIA, V. (1996): “El concepto de necesidad en derecho Público”, Civitas, Madrid.
- ANALS I AMETLER, D. (2010): “Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: objetivos, medios e incidencias” en MOREU CARBONELL, E. (Dir.): “Impacto de la Directiva Bolkstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo”, IX Monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*
- ARCE y FLORES-VALDES, J. (1990): *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Cuadernos Civitas.
- ARROYO JIMENEZ, L. (2009): “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, pp. 15-16.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. (1999): *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP.

- (2001): *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
 - (2010): “El acto administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.19, 2º semestre, pp. 71-97.
 - (2012): “Acto y procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea: un catálogo de problemas” en SORIANO GARCIA, J. E. (Dir.): *Procedimiento Administrativo Europeo*, Civitas.
- ATIENZA, M. (1993): *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel.
- (1997): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
 - (2004): *El sentido del Derecho*, Ariel.
 - (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel.
 - (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- AVILA RODRIGUEZ, C. M. (2013): *La tutela Parlamentaria de la Buena Administración. Perspectiva estatal y autonómica de los comisionados parlamentarios*, Aranzadi.
- AVILA RODRIGUEZ, C. M. y GUITERREZ RODRIGUEZ, J. F. (coords.) (2011): *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch.
- AYALA MUÑOZ et al (2008): *Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Thomson-Aranzadi, 4º ed.
- BACA ONETO, V. S. (2006): *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. (1991): ”En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, *REDA* núm. 107, 2000, pp. 407-420.
- (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid
 - (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Marcial Pons, Madrid,
 - (2000): ”En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, *REDA*, pp. 407-420 .
 - (2003): *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP.
- BAENA DEL ALCAZAR, M. (1992): “Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, pp. 2463-2465.
- BALAGUER CALLEJON, F., ORTEGA ALVAREZ, L., CAMARA VILLAR, G. Y MONTILLA MARTOS, J. A. (2010): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP.

- BALLESTEROS MOFFA, L. A. (2010): *La adjudicación de contratos en el sector público*, Navarra.
- (2012): “Las dimensiones aplicativas del procedimiento administrativo europeo” en FUERTES, M. (Coord.)(2012): *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, pp. 189-235.
 - (2012): “El Procedimiento administrativo europeo. La contribución de la justicia europea a la institución” en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*. Vol. II. *Liber amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas, pp. 3083-3111.
- BARNES VAZQUEZ, J. (1993) (coord.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas.
- (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135.
 - (1998): “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, INAP.
 - (2006): “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas” en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, pp. 308 y ss.
 - (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global.
 - (2010): “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia” en GARCIA MACHO, R. (2010): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, pp. 56 y ss.
 - (2012) “Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación” en BARNES, J. (2012) (editor): *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, INAP.
- BARRERO RODRIGUEZ, C. (2014): “El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva” en GUICHOT, E. (2014) (Coord.): *Transparencia, acceso a la Información pública y Buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, pp. 205-211.
- (2014): “La Ley de Transparencia Pública de Andalucía: sus aportaciones al régimen en el ordenamiento del Estado”, *RAAP*, núm. 89, pp. 41-73.
 - (2016)(Coord.): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Parte General, vol.I, Tecnos, 3º ed.
- BASSOLS COMA, M. (1982): “El principio de buena administración y la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas” en AAVV: *El Tribunal de Cuentas en España*, vol.I, pp. 261 y ss.
- (2000): *La Administración de las Comunidades Autónomas*, INAP.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons.
- (1994): *Los principios jurídicos*, Civitas.
- BERMEJO VERA, J. (2010): “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Coord.)(2010): *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, p. 84.

- (2012): *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Civitas, 10ª edición.
- BERNAL BLAY, M. A. (2012): “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, *Observatorio de contratos públicos 2011*. Cizur Menor, Civitas, pp. 328-331
- BERNAL PULIDO, C. (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BLANES CLIMENT, M. A. (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi.
- BLANQUER, D. (2010): *Derecho Administrativo Vol I*, Tirant lo Blanch.
- BLASCO DIAZ, J. L. y FABRA VALLS, M. J. (2008): *El documento electrónico: aspectos jurídico, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Castellón, op.cit, pp.73-11
- BOBBIO, N. (1991): *Teoría General del Derecho*, Debate, 1ª ed. Madrid
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2005): *La teoría del acto administrativo*, Iustel.
- (2012): *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 4ª ed.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A. (2001) “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *REDA*, núm. 111, pp. 405 y ss.
- BOQUERA OLIVER, J. M. (1993): *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 7ª edición.
- (1996): *Derecho administrativo*, Civitas, 10ª ed.
- BUSTILLO BOLADO, R. O. (2010): *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ª edición, Aranzadi.
- CABRERA PADRON, C. (2014): “Comentarios sobre la regulación de la modificación contractual contenida en la Directiva Europea 2014/24/UE de contratación pública”, *Diario del Derecho*, Iustel.
- CAMARA VILLAR, G. (2008): “Derecho a la protección de datos personales”, en BALAGUER CALLEJON, F., ORTEGA ALVAREZ, L., CAMARA VILLAR, G. Y MONTILLA MARTOS, J. A. (2010): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, pp. 321-333
- CARBONELL PORRAS, E. (1999): *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- CARBONERO GALLARDO, J. M. (2010): *La adjudicación de los contratos públicos*, La Ley-El consultor, Madrid.

- CARLON RUIZ, M. (2010): “El Principio de proporcionalidad” en SANTAMARIA PASTOR, J. A. (Coord)(2010): *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley.
- CARRETERO PEREZ, (1969): “Causa , motivo y fin del acto administrativo”, *RAP* núm 58, p.140.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010): “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?” en SANTAMARIA PASTOR, J. A. (2010): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, p. 1163.
- (2012): ”Comentario al artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía: Buena administración“ en CRUZ VILLALON, MEDINA GUERRERO, M. (2012): *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, pp. 500 y ss.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. y GUICHOT, E. (2001): “Alcance, límites y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño),” en *RAAP*, núm. 42, *IAAP*, pp. 226 y ss.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (2004): “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, pp. 1719-1721.
- CASTELLS, M.(2005): *La era de la Información: economía, sociedad y cultura.(I) La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2006): *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Aranzadi.
- CHINCHILLA MARIN, C. (1989): *La desviación de poder*, Civitas.
- (1991): *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid.
- CIERCO SEIRA, C. (2009): *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel
- CLAVERO AREVALO, M. (1992):“La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico”, *RAP*, núm.4.
- COBO OLVERA, T. (2011): *La notificación de los actos administrativos y disposiciones generales*, Fundación Asesores Locales.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2002): “Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, *RVAP*, núm. 64, p.237.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2015): *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Thomson, 26º edición.
- CRAIG, P. (2012): *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2º ed.,
- CRUZ VILLALON, P. y MEDINA GUERRERO, M. (2012) (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía.

- DE LA CUETARA, J. M. (1983): “Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, *REDA*, núm. 38, pp. 387- 417.
- (1986): *Las potestades administrativas*, Tecnos.
- DE LA MORENA, L. (1992): “La potestad administrativa: concepto, transcendencia, análisis” en *Actualidades y perspectivas del Derecho Público de fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, pp. 847-878.
- DE LA NUEZ SANCHEZ-CASCADO, E. y TARIN QUIROS, C. (2014): *Transparencia y Buen Gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid.
- DE LA OLIVA, J. (1963): *Los vicios de forma del acto administrativo*, Estudios administrativos.
- DE LA VALLINA VELARDE, J. L. (1967): *La motivación del acto administrativo*, Estudios administrativos.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1964): *Derecho civil de España*, Civita: edición facsímil del original publicado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- DEL CASTILLO VAZQUEZ, C. (2007): *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas*, Civitas.
- DELGADO PINTO, J. (1990): “El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho” en *XII Jornadas de Filosofía jurídica y social. Obligatoriedad y Derecho*, Universidad de Oviedo.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1997): *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid.
- (2008): “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, *REDA*, p. 560.
- (2009): “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, *RVAP*, núm. 84.
- DIEZ PICAZO, L. (1993): *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3º ed., Ariel
- (2014): *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Cuadernos Civitas.
- DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 12º ed.
- (2012): *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo I, Tecnos, 10º ed.
- DIEZ SASTRE, S. (2011): “El recurso especial en materia de contratación pública”. *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, pp.127-162.
- DOMINGO ZABALLOS, M. J. (1993): “La motivación de los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, *Revista General de Derecho* núm. 584.

- DORREGO DE CARLOS, A. y GUTIERREZ VICEN, C. (1993): Administraciones públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) Ciss Praxis, pp. 441-442.
- DWORKIN, R. (1980): ¿Es el derecho un sistema de normas?
- (1984): *Los derechos en serio*, Ariel.
- ENTRENA CUESTA, R. (2003): *Curso de Derecho Administrativo*. Vol.I.1., Tecnos, 13º edición.
- ESCARTIN ESCUDE, V. M. (2012): “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40.
- ESCUIN PALOP, V. (2008): *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, 3º ed.
- ESCUIN PALOP, V. y BELANDO GARIN, B. (2011): *Los recursos administrativos*, Civitas.
- ESPINA RAMOS, J. A. (2001): “Indulto parcial y suspensión judicial de la pena resultante” en *Noticias jurídicas* Aranzadi, núm. 105.
- ESTELLA DE NORIEGA, A. (2005): *El control de la administración comunitaria a través de la motivación: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi.
- ESTEVE PARDO, J. (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 5º ed.
- FERNANDEZ DOMINGUEZ, J. J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2004): *La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Ed.Cinca.
- FERNANDEZ FARRERES, G. (2012).: *Sistema de derecho administrativo*, Civitas.
- FERNANDES FERNANDEZ, J. J. y DEL CASTILLO VAZQUEZ, I. C. (2004): *Manual de las notificaciones administrativas*, 2º ed, Civitas.
- FERNANDEZ LIESA, C. y DIAZ BARRADO, C. (2009): *El Tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*, Dykinson.
- FERNANDEZ RAMOS, S. y PEREZ MONGUIO, J. M. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi.
- FERNANDEZ RAMOS, S. (1997): *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- (2014): “El derecho de acceso a la información pública”, en FERNANDEZ RAMOS, S. y PEREZ MONGUIO, J. M. (2014), *op. cit.*, p. 167

- FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (1970): *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de la Administración Local.
- (1990): “Los recursos administrativos”, en *Documentación Administrativa*, núm. 221.
 - (1991): “Arbitrariedad y discrecionalidad” en MARTIN RETORTILLO (1991): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol.II, p.2298
 - (2005): *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid.
 - (2008): *De la arbitrariedad de la Administración*, 5º edición, Civitas.
 - (2011): “Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones” en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudio en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*. Instituto García Oviedo, 2011.
- FERNANDEZ SALMERON, M.(2003): *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas.
- FERNANDEZ TOMAS, A. (2001): *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch.
- FERNANDO PABLO, M. (1993): *La motivación del acto administrativo*, Tecnos.
- FERREIRA FERNANDEZ, A. X. (2002): *La provisión de puestos de trabajo en la Administración general del Estado*, INAP.
- FUENTETAJA PASTOR, J . (2007): *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Civitas, Madrid.
- (2011): “Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea”, *REDA*, núm.149, pp. 55-89.
 - (2014): *Derecho de la Función Pública*, Open Ediciones Universitarias.
 - (2015): *Derecho Administrativo europeo*, Civitas, 2º ed. Navarra.
- FUENTETAJA PASTOR, J y MEDINA GONZALEZ, S. (2008): *La protección de datos en la Administración Local*, Iustel, pp. 58-63
- FUERTE, M. (Coord.)(2012): *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi.
- GALAN VIOQUE, R. (2005): “El derecho a una buena administración” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Crónica sevillana, núm. 1.
- GALERA RODRIGO, S. (1998): *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid.
- GALLARDO CASTILLO, M. J. (2010): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Cometario sistemático a la Ley 30/92 de 26 de noviembre*, Tecnos.
- (2010a): “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”, *Actualidad Administrativa*.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A. (2001): *Acto y procedimiento administrativo. Lecciones de Derecho Administrativo 2*, Marcial Pons.

GALLEGO CORCOLES, I. (2011): “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación”, Contratación administrativa práctica, núm.113, pp. 32-37.

GAMERO CASADO, E. (2001): *Los medios de notificación en el procedimiento administrativo común*, Instituto Andaluz de Administración Pública.

- (2002): “Las notificaciones por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, REDA, núm. 116, pp. 501 y ss.
- (2005): *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento administrativo común*, Bosch; (2002): “Las notificaciones por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, REDA, núm. 116, pp. 501 y ss.
- (2009): “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes” en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2009): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson.
- (2012): “El impacto de la Directiva de servicios en la ventanilla única y en la administración electrónica” en AGUADO CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (Coords): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas*, Atelier.
- (2013): “Simplificación del procedimiento administrativo: una respuesta idónea desde el Derecho Administrativo ante la crisis”, comunicación presentada en el VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Alicante los días 8 y 9 de febrero.
- (2014): “Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado”, Ponencia presenta en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Santiago de Compostela los días 7 y 8 de febrero.
- (Dir.)(2014): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo Blanch.
- (2015): *Desafíos del Derecho administrativo ante un mundo en disrupción*, galardonado con el Premio “Ángel Olavarría Téllez de Estudios jurídicos” de la Real Academia sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Junio.

GAMERO CASADO, E. y FERNANDEZ RAMOS, S. (2015): *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tecnos, 12º ed.

GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coord) (2009): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de Junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson.

GARBERI LLOBREGAT, J. (2011): *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra.

- (2012): *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, Vol. I, Bosch.

- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1972): “Estructura orgánica y Administración consultiva”, *Administración española*, pp. 25 y ss.
- (1991): “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, *RAP*, núm. 124, pp. 211-212.
 - (2006): *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 17ª edición y Vol. II., Civitas, 14ª edición.
- GARCIA GOMEZ DE MERCADO, F. (2007): *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Comares, 7 ed.
- GARCIA MACHO, R. (2010): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons.
- GARCIA MAHAMUT, R. (2004): *El indulto: un análisis jurídico constitucional*, Marcial Pons.
- GARCIA PEREZ, M. (2011): *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi.
- GARCIA SAN MARTIN, J. (2007): *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- GARCIA TREVIJANO FOS, J. A. (1961): “Administración Pública española y norteamericana” en AAVV *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, TIII, Vol I, IEP, Madrid.
- (1991): *Los actos administrativos*, Civitas.
- GARRIDO FALLA F. (1955): “La llamada doctrina del silencio administrativo”, *RAP*, núm. 16, pp. 85-116.
- (1964): *Tratado de derecho administrativo. Parte general*. Vol I. 3ª ed. Instituto de Estudios Políticos.
- GARRIDO FALLA, F. y FERNANDEZ PASTRANA, J. M. (2000): *Régimen Jurídico y Procedimiento de las administraciones públicas: (un estudio de la Ley 30/92)*, Civitas, 3ª ed.
- GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA, LOSADA GONZALEZ (2010): *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, Tecnos, 15ª edición.
- GIL IBAÑEZ, A. (1998): *El control y la ejecución del Derecho comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europea*, INAP.
- GIL IBAÑEZ, J. L. (1996): “El Derecho Comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 142.
- (2001): GIL IBAÑEZ, J. L.: *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Colex, Madrid.

- GIMENO FELIU, J. M.(2010): *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters.
- (2011): “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor: Civitas, pp. 211-258.
 - (2012): “La Directiva “servicios” y su incidencia en la contratación pública” en AGUADO I CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B.: El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales.
 - (2013): “Los Tribunales Administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva”, *Revista catalana de dret públic*, núm.47, pp.87-102.
 - (2013): “Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de Estudios Locales*, Cunal, núm. extra 16, pp.15-44
- GIMENO SENDRA, V. (2007): “El Derecho a la Tutela Judicial efectiva y de acción penal” en AAVV(2007): *Los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex p.57.
- GOMEZ PUENTE, M. (2011): *La inactividad de la Administración*, 4º ed, Aranzadi, pp. 59-74.
- GONZALEZ BEILFUSS, M. (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi.
- GONZALEZ NAVARRO, F. (1962): “Órganos colegiados en la Ley de Procedimiento Administrativo”, *Documentación Administrativa* núm. 55.
- (1992): “La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico (una nueva terminología en la reciente jurisprudencia)”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. I, Madrid.
 - (1997): *Derecho Administrativo Español. Vol I y II. El acto y el procedimiento administrativo*, EUNSA.
- GONZALEZ PEREZ, J. (1957): “El silencio administrativo”, *Revista de Derecho Procesal*, núm.3, pp.757 y ss.
- (1958): “La notificación de los actos administrativos”, *Documentación Administrativa*, núm.12.
 - (1964): *El procedimiento administrativo*, Abella.
 - (1996) : *La ética en la Administración Pública*, Cuadernos Civitas
- GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. (2012): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson-Civitas, 5º edición.
- GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. (2012): *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II. El derecho Administrativo Europeo*, Civitas
- (2013): “Motivación por la Administración extemporánea y ex novo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2.

- GORDILLO CAÑAS, A. (1990): *Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una reelectura de la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces
- GRANADO HIJELMO, I. (2005): “El arbitraje en Derecho Administrativo : algunas reflexiones sobre su fundamentación,” *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, pp.39-56.
- GUASP, J. (1971): *Derecho*, Madrid.
- GUICHOT REINA, E. (2005): *Datos personales y Administración Pública*, Civitas.
- (2014) (Coord.): *Transparencia, acceso a la Información pública y Buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos.
- HARTMUT MAURER: *Derecho Administrativo. Parte general*, Marcial Pons, 2011.
- HERNANDEZ GIL, A. (1980): *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*.
- HORGUE BAENA, C. (1997): *La modificación del contrato administrativo de obra. Ius variandi*, Marcial Pons, pp. 23 y ss.
- HUERGO LORA, A. (1998): “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso administrativo”, *RAP*, núm. 145, Enero-Abril.
- (2001): “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *REDA*, núm. 111.
- IGARTUA SALAVERRIA, J. (1996): “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *RVAP*, núm. 46, p.95-118.
- (1998): *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, IVAP, Cuadernos Civitas, 1998
 - (2003): *Discrecionalidad Administrativa: control judicial de la Administración*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003
 - (2003): *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003.
 - (2008): “Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3º del Tribunal Supremo retoma el rumbo”, *RVAP* núm. 80, pp. 211-232
- KANT, I. (1873): *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1º ed.
- KELSEN, H. (1999): *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2005): *Elementos de Derecho Civil. I Parte General*. Vol. tercero, Dykinson, 3º ed.
- (2011): *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones*. Vol. Primero, Dykinson, 5º ed.
- LEGUINA VILLA, J. (1987): “Principios generales del Derecho y Constitución”, *RAP* núm. 114

- LINDE PANIAGUA, E. (2012): *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, Colex Editorial.
- (2012): *Procedimiento, acto y recursos administrativos*, Colex, 6º ed.
 - (2012): "Naturaleza y caracteres de la Unión Europea" en LINDE PANIAGUA, E.; BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2012): *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ºed ,Colex Editorial, p.163.
- LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M y FUENTETAJA PASTOR, J. (2012): *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ºed , UNED.
- LLACER MATA CASAS, M. R. (Coord.) (2011): *Protección de datos personales a la sociedad de la información y la vigilancia*, La Ley.
- LLISSET BORREL, F. et al (2000): *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: comentarios a la ley 30/1992, modificada por la ley 4/1999, y su conexión con el régimen local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- LLORCA ORTEGA, J. (2003): *La ley de indulto*, Tirant lo blanch, 3º ed.
- LOPEZ GONZALEZ, J. I. (1988): *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo.
- (2014): "El Principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas" en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo blanch.
- LOPEZ MENUDO, F. (1992): "Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo", RAP, núm.129, p.22.
- (1993): "Los Principios generales del procedimiento administrativo" en BARNES VAZQUEZ, J. (1993) (Coord.): *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, p.125.
- LOPEZ MERINO, F. (1989): *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada.
- LOPEZ MUÑOZ GOÑI, M. (2007) :Expropiación Forzosa: el justiprecio. Guía práctica y jurisprudencia, Colex, 3º ed.
- LOPEZ PELLICER, J. A. (1993): *Lecciones de Derecho Administrativo I*, Murcia.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2007): *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Manual práctico de la Función Pública*. Vol.III. Aranzadi.
- (2007): "La buena administración en la Administración General del Estado", *Actualidad Administrativa*, núm.4, pp. 405-414.
 - (2009): *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública: conforme a la Ley7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi.

- LOZANO CUTANDA, B., SANCHEZ LAMELAS, A. y PERNAS GARCIA, J. (2012): *Evaluación de impacto ambiental y autorización ambiental integrada*, La Ley.
- MANGAS MARTIN, A. (2008): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA.
- MARTIN DELGADO, I. (2010): “El Procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, pp. 99-142.
- (2010): “Hacia una norma europea de procedimiento administrativo”, en NIETO GARRIDO, E. y MARTIN DELGADO, I. (2010): *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons.
- MARTIN MATEO, R y DIEZ SANCHEZ, J. J.(2009): *Manual de Derecho Administrativo*, 28º ed., Aranzadi.
- MARTIN y PEREZ DE NANCLARES, J. (coord.) (2008): *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel.
- MARTIN REBOLLO, L. (2001): “El procedimiento como garantía (una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios), en LOPEZ MENUDO, F. (Coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudio homenaje al Profesor Pérez Moreno*, Iustel.
- MARTIN RETORTILLO BAQUER, L. (1984): *Materiales para una Constitución*, Madrid, Arkal Editor.
- (2015): “La Carta europea, el derecho a una buena administración y el procedimiento administrativo” en REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015): *Régimen jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel.
- MARTIN RETORTILLO, S. (1957): “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *RAP*, número 23.
- (1991): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Vol. II*.
 - (1998): “De la simplificación de la Administración Pública”, *RAP*, núm. 147.
 - (2007): *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas.
- MATIA PORTILLA, F. J. y BALAGUER CALLEJON, F. (2009): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares.
- MEDINA GUERRERO, M. (2014): “La ley de transparencia pública de Andalucía”, “Crónica Parlamentaria” de la RAAP, núm. 88, pp. 324-328.
- MELLADO RUIZ, L. (2011): “Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317.
- MESENGUER YEBRA, J. (2000): *Las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil y laboral*, Bosch, Barcelona.
- (2002): *Las irregularidades no invalidantes de los actos administrativos*, Bosch.

- MIR PUIGPELAT, O. (2012): “Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión” en FUERTES, M.(2012), *op.cit.* pp.131-160.
- MIR, O; HOFMANN,H.C.H.; SCHNEIDER, J. P.; ZILLER, J. (2015): *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP
- MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PEREZ, J. L. (2012): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, pp. 1125-1142.
- MORENO GIL, O. (2012): Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia. Civitas, 6º edición.
- MORENO MOLINA, A. M. (1998): *La ejecución administrativa del derecho comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid.
- (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bormazo, Albacete
 - (2010): *El régimen jurídico de los productos químicos en la Unión Europea*, Iustel.
- MOREU CARBONELL, E. (Dir.): “Impacto de la Directiva Bolkstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo”, IX Monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*.
- MORILLO VELARDE PEREZ, J. I. (1986): “Hacia una nueva configuración del silencio administrativo”, *REDA*, núm. 49, pp. 65-83.
- (1995): *Los actos presuntos*, Marcial Pons.
 - (2002): “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”, *RAP*, núm. 159, p. 87 y ss.
 - (2014): “Comentarios a la STC 52/2014, de 10 de Abril de 2014: está modificado el inciso del art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: no existe ya plazo para recurrir las desestimaciones por silencio administrativo”, *RAAP*, núm. 88, pp.185-192.
- MOZO SEOANE, A. (1985): *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2005): *Diccionario Jurídico*,
- (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV, Boletín Oficial del Estado, 4ed.*
- MURILLO DE LA CUEVA, P. (1990): *El derecho a la autodeterminación informática*, Tecnos.
- NIETO, A. (1986): *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP.
- (2012): *Derecho Administrativo sancionador*, 5º ed. Tecnos.

- NIETO GARRIDO, E. (2010): “Administración Europea y derechos fundamentales: los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter personal” en NIETO GARRIDO, E. y MARTIN DELGADO, I. (2010), *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, p. 62.
- (2012): “Disposiciones pertinentes del Tratado de Lisboa sobre Derecho administrativo europeo” en FUERTES, M. (2012), pp. 54-95.
- NIETO GARRIDO, E. y MARTIN DELGADO, I. (2010): *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons.
- NUÑEZ RUIZ, M. J. (1994): *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento común*, Montecorvo, Madrid
- ORTEGA, L. (2005): Diccionario Jurídico de Derecho Administrativo. Vol II Voz Precedente administrativo.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor
- (2009): *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson.
 - (2011): “El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 105, pp.41-65.
- PARADA VAZQUEZ, R. (1999): *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92, de 26 de noviembre*, Marcial Pons, 2º ed.
- (2013): *Derecho Administrativo II. Parte General*, Open ediciones universitarias, 20º ed.
- PARADA VAZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2015): *Derecho de la función pública*, Open Ediciones universitarias, 3º ed.
- PAREJO ALFONSO, L. (2000): "El procedimiento administrativo comunitario", en AAVV, *Manual de Derecho Comunitario*, Edit. Ramón Areces, pp. 229-278.
- (2011): *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch.
 - (2014): *Lecciones de derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 7º edición.
 - (2015): “Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo” en REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015) (Coord.): *Régimen jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, pp. 471-502.
- PAREJO ALFONSO, L., DE LA QUADRA SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO, T; MORENO MOLINA, A. M. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000): *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces.
- PEREZ CASTILLO, R. (2004): *La obligación de resolver de forma expresa y el silencio administrativo como efecto de dicho incumplimiento*, IAAP, Sevilla

- PEREZ LUÑO, A. E. (1986) :“La defensa del ciudadano y la protección de datos “, RVAP, núm.14.
- (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel,2º edición.
 - (2010): *Teoría del derecho. Una concepción jurídica de la experiencia jurídica*, 9º ed.
- PEREZ ROYO, J. (2014): *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 14º ed.
- PI SUÑER, J. M. (1972): *La motivación de los actos administrativos en Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid.
- PITSCHAS, R. (2012): “Derecho administrativo de la Información. La Administración Pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del Gobierno electrónico” en BARNES VAZQUEZ, J. (2012), *op. cit.*, pp. 193-248.
- PONCE SOLE, J. (2001): *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova.
- (2012): “El derecho a una buena administración: derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública” en TORNOS MAS, J. (2012): *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, p. 225.
- POSADA HERRERA, J. (1978): *Lecciones de Administración*.tomo I,INAP
- PRIETO SANCHIS, L. (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*.
- PUNZON MORALEDA, J. (coord.) (2005): *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid.
- RAZQUIN, J. A. (2010): “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25.
- REBOLLO PUIG, M. (1993): ”Medidas provisionales en el procedimiento administrativo” en *Estudios jurídicos en el libro homenaje al profesor Jesús González Pérez* ,Vol. I, Civitas, Madrid, p. 664.
- REBOLLO PUIG et AL (2010): *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova.
- REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015) (Coord.): *Régimen jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel.
- RECASENS SICHES, L. (1978): *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 6º ed.
- RIVERO ORTEGA, R. (2007): *El Expediente Administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi.

- (2011): “Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista catalana de Dret Public*, núm. 42

- RODRIGUEZ ARANA, J. (2012): *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Colección de derecho constitucional.

- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (2012): *Interés general, derecho administrativo y el Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid.

- RODRIGUEZ ARANA, J. (2011): “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad de ciudadano en el Derecho Administrativo”, en *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Amicorum Enrique Rivero Ysern*, (Coords.) SANCHEZ BLANCO, A. DOMINGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L.

- RODRIGUEZ ARANA, J. y SENDIN GARCIA, M. A. (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares.

- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M. y VELASCO CABALLERO, F. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General. Textos y materiales*, Thomson Reuters, 1º ed.

- RUIZ MIGUEL, C. (2004): *Estudios sobre la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela.

- RUIZ RUBIA, C. V. (2014): *La justificación del procedimiento negociado*. Observatorio de Contratación Pública.

- SAINZ DE ROBLES, F. (1993): “La motivación de las decisiones del poder” en *TAPIA* núm. 68, p. 3.

- SAINZ MORENO, F. (1991) “Secreto e información en el derecho público “en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid.

- SANCHEZ MORON, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos.
- (2014): *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 8º ed.
- (2015): *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 11º ed.

- SANTAMARIA PASTOR, J. A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces.
- (2010): *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley.
- (2015): *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 3º edición;

- SANTI ROMANO (2012): *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares

- SANZ LARRUGA, F. J. (2009): “Documentos y archivos electrónicos” en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.(2009): La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Thomson, pp. 455-492
- SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. (2004): *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch.
- SCHMIDT- ASSMANN, E. (1993): “El procedimiento administrativo entre el Principio del Estado de Derecho y el Principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa”, en BARNES VAZQUEZ, J. (1993) (coord.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas.
- (2003): *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons.
 - (2008): “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional” en BARNES VAZQUEZ, J. (2008): *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global.
- SORIANO, R. (1993): *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel Derecho, 2º ed.
- SORIANO GARCIA, J. E. (Dir.)(2012): *Procedimiento Administrativo Europeo*, Civitas.
- SOUVIRON MORENILLA, J. M. (2011): “Sentido y alcance del derecho a una buena administración”, en AVILA RODRIGUEZ, C. y GUITERREZ RODRIGUEZ, J. F. (coords) (2011).
- SCHWARZE, J. (2012): “El Derecho Administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares en FUERTES, M.(Coord.)(2012): *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, pp. 25-49.
- TARDIO PATO, J. A. (2011): *Los principios generales del Derecho*, Bosch.
- TOMAS MALLEN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP.
- TORNOS MAS, J. (2000): “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *RAP*, núm.151, p. 2.
- (2011): “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público” en *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum, Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley.
 - (2012): *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel.
 - (2015): “El procedimiento administrativo común en el derecho interno” en REBOLLO PUIG, M., LOPEZ BENITEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015) (Coord.): *Régimen jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, pp. 248-254.

- TRAYTER JIMENEZ, J. M. (2015): *Derecho administrativo. Parte general*, Atelier, 2º ed.
- TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.) (2010): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal*, Civitas.
- VALERO TORRIJOS, J. (2002): *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico administrativo vigente*, Ministerio de Administraciones Públicas-Ministerio de la Presidencia.
- VALERO TORRIJOS, J. y FERNANDEZ SALMERON, M. (Corrds) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia: acceso, uso y reutilización de la información del sector público*, Aranzadi, Cizur menor, Navarra.
- VALERO TORRIJOS, J y LOPEZ PELLICER, J. A. (2001) “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de datos personales en la actividad administrativa”, RVAP, núm. 59, pp. 281 y ss.
- VELASCO CABALLERO, F. (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos.
- (2002): “Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones”, *Justicia Administrativa*, núm.16, pp. 35-50.
 - (2003): *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Bosch.
- VELASCO CABALLERO, F. y SCHNEIDER, J. P. (2008): *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons.
- VILLAR PALASI, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1982): *Principios de Derecho Administrativo*, T. II.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1952): “El acto confirmatorio”, *RAP*, núm. 8, pp. 11-66.
- VILLAREJO GALLENDE, H. (2008): “La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14.
- VIÑUALES FERREIRO, S. (2015): *El procedimiento administrativo de la Administración europea: de la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, Aranzadi, 1º ed.
- VIZCAINO CALDERON, M. (2001): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, Civitas.
- VON BOGDANDY, A. y MIR PUIGPELAT, O. (Coords)(2013): *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch.
- VON IHERING, R. (2011): *El espíritu del Derecho Romano*, Comares.

- WEBER, A. (1993): “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario” en BARNES VAZQUEZ, J.(coord.) (1993): *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, p. 62.
- ZILLER, J. (2012): “¿Es necesaria una Ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión? Comentarios preliminares y perspectivas”, en FUERTES, M. (2012), *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, pp. 99-129.